

Le Contentieux des Adjudications Publiques

en matière de Travaux Publics

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 15 décembre 1937, à 14 heures

PAR

Pierre MASSON

Président : M. Achille MESTRE, Professeur.

Suffragants { MM. ROLLAND,
J. BARTHÉLEMY. } *Professeurs*

LIBRAIRIE

DU

RECUEIL SIREY

(SOCIÉTÉ ANONYME)

22, Rue Soufflot, Paris, 5^e

1937

Le Contentieux
des
Adjudications Publiques

en matière de Travaux Publics

**La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.**

Le Contentieux

des

Adjudications Publiques

en matière de Travaux Publics

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 15 décembre 1937, à 14 heures

PAR

Pierre MASSON

Président : M. Achille MESTRE, Professeur.

Suffragants { MM. ROLLAND,
J. BARTHÉLEMY } *Professeurs*

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY
(SOCIÉTÉ ANONYME)
22, Rue Soufflot, Paris, 5^e

1937



INTRODUCTION

L'adjudication publique est un ensemble d'opérations administratives ayant pour but de désigner à l'administration un entrepreneur ou un fournisseur pour exécuter une prestation déterminée.

Les adjudications publiques rentrent dans la catégorie générale des *adjudications administratives*, lesquelles se distinguent des adjudications volontaires et des adjudications judiciaires qui n'ont de commun avec l'objet de notre étude que le terme générique « d'adjudication ».

Les adjudications administratives forment deux grandes catégories : les adjudications publiques, encore appelées *adjudications au rabais*, et les *adjudications aux enchères*, qui sont un procédé de vente ou de location de meubles ou d'immeubles appartenant à des collectivités publiques. Ces deux dernières appellations nous semblent critiquables en ce qu'elles ne font pas ressortir le but de l'opération, elles se contentent d'indiquer le procédé suivi.

Il en est de même d'autres expressions, encore consacrées par la doctrine et la pratique, telles que : *adjudications sur soumissions cachetées* pour désigner les adjudications de la première catégorie, et *adjudications à la chaleur des enchères* pour celles de la seconde catégorie.

Il nous paraît préférable d'employer une expression unique pour chaque catégorie : nous proposons celle d'*adjudication publique* pour les adjudications de travaux publics et de fournitures, et celle de *ventes par adjudication*, qui marque mieux le but de l'opération que l'expression « adjudication aux enchères », pour les ventes aux enchères de meubles ou d'immeubles des collectivités publiques¹.

L'expression « adjudication publique » a un sens général qui pourrait la faire paraître trop large pour le cadre limité des adjudications de travaux publics et de fournitures ; cependant, si l'on considère la proportion des adjudications de travaux publics et de fournitures dans l'ensemble des adjudications administratives, on peut admettre — cette proportion étant importante — que notre expression n'est pas déplacée.

D'autre part, il ne nous paraît pas utile d'adopter deux qualifications différentes, selon qu'il s'agit d'un marché de travaux publics ou d'un marché de fournitures : le régime juridique de ces deux contrats étant sensiblement le même, il vaut mieux n'avoir qu'une expression unique, quitte à la faire suivre d'une précision indiquant le marché envisagé. On obtiendra ainsi, par exemple, les expressions suivantes : « adjudication publique de travaux publics » ou « adjudication publique en matière de travaux publics » et « adjudication publique de fournitures ». Ces légères adjonctions à notre formule unique ne détruisent pas davantage l'unité dans la terminologie que

1. S'agissant de la location de meubles ou d'immeubles, il suffira de remplacer le mot « vente » par celui de « location », précision qui ne détruit pas la proposition exposée ci-dessus.

nous recherchons, que le remplacement du mot « vente » par celui de « location » dans les adjudications dites aux enchères pour la location des meubles ou des immeubles appartenant à l'administration.

Si nous attachons tant d'importance à cette question c'est, nous semble-t-il, que la précision dans la terminologie est une des conditions de l'avancement des sciences en général, et notamment de la science juridique, à la terminologie trop souvent incertaine¹; certes, nous ne prétendons pas que nos dénominations soient les seules possibles : nous les proposons; nous avons cherché à ce quelles soient simples et marquent plus le but de l'opération que les moyens dont elle s'effectue.

Il ne sera question dans cette étude que des adjudications publiques, principalement en matière de travaux publics; il est vrai que la plupart des règles s'appliquent à la fois aux marchés de travaux publics et aux marchés de fournitures et que la grande majorité des solutions jurisprudentielles en matière d'adjudications de travaux publics pourrait s'appliquer telle quelle aux adjudications de fournitures; nous avons préféré comme type de nos développements les marchés de travaux publics aux marchés de fournitures, car les premiers nous ont paru plus importants que les seconds, surtout si l'on tient compte de la tendance de la jurisprudence à assimiler aux marchés de travaux publics des prestations qui, par leur nature, relèvent du marché de

1. V. à titre d'exemple, les difficultés rencontrées à propos des qualifications nombreuses des sociétés d'ouvriers, *infra*, chap. III, I, §3.

fournitures, mais sont destinées à la construction ou à l'entretien d'un ouvrage public¹.

Dans le même ordre d'idées la jurisprudence, dans ses grandes lignes, n'étant pas divergente, selon qu'il s'agit de travaux publics ou de fournitures, il nous a paru possible de puiser des solutions dans des arrêts rendus en matière de fournitures, alors qu'elles faisaient défaut ou n'avaient pas un caractère aussi marqué pour les marchés de travaux publics.

Une dernière précision s'impose au seuil de ce travail. C'est uniquement le contentieux des adjudications publiques qui a été examiné, c'est-à-dire l'ensemble des questions litigieuses susceptibles d'être soumises aux tribunaux, avec les solutions de la jurisprudence ; cependant nous avons cru utile de donner quelques aperçus sur la législation, ainsi que certains renseignements pratiques afin de présenter dans son ensemble la question des adjudications publiques.

L'intérêt de cette étude nous semble résider, moins dans la primeur des solutions recueillies, que dans la nouveauté de sa présentation : l'adjudication publique a été, en effet, bien souvent étudiée dans des traités généraux sur les travaux publics ou les marchés de fournitures², jamais, croyons-nous, elle n'a fait

1. V. entre autres, C. d'Etat, 13 fév. 1874, *Dussausoy et autres*, *Rec.*, p. 171.

2. V. entre autres : Berthélemy (H.), *Traité élémentaire de droit administratif* ; Christophle (A.), *Traité théorique et pratique des T.P.* ; Cotellet, *Cours de droit administratif appliqué aux T.P.* ; Courcelle (L.), *Traité administratif des T.P.* ; Enou (L.), *Traité théorique et pratique de droit administratif* ; Gautier (A.) et Jouve (E.), *Traité pratique du marché des T.P.* ; Georgin (Ch.), *Commentaire des C.C.G. imposées aux entrepreneurs* ; Jèze (G.), *Cours de droit public* (1930-31), *Principes généraux du droit administratif*, etc... ; Lefebvre et Bassompierre-

l'objet d'un examen distinct et approfondi. Or, les gros traités, s'ils présentent une utilité incontestable pour le chercheur et le praticien, ne doivent être abordés qu'avec une prudence extrême dans l'intérêt même de la science du Droit. De même qu'en Economie Politique l'emploi des monographies est courant et contribue davantage au développement de cette discipline que les manuels, il nous paraît, qu'en notre matière, les études particulières sont d'une utilité plus grande que les ouvrages généraux.

Il n'est pas exclu, certes, de passer d'une série de monographies à un ensemble ; il nous paraît plus malaisé de commencer par le gros traité pour ensuite examiner en détail des questions à peine discutées — procédé qui, au surplus, est en contradiction avec la technique scientifique moderne.

Nous ne prétendons pas, par conséquent, apporter ici des solutions inconnues des juristes, nous avons voulu seulement, dans le cadre volontairement réduit que nous avons indiqué ci-dessus, examiner à fond, réunir, classer, mettre à jour des données doctrinales, législatives, jurisprudentielles éparses dans de nombreux traités, recueils et publications diverses.

Le *plan* adopté suit les phases successives de l'opération de l'adjudication publique s'arrêtant à chacune plus ou moins longuement selon le nombre et l'im-

Sewrin, *C.G.G. imposées aux entrepreneurs* ; Marizis, *Manuel juridique des T.P.*, ; Monsarrat (G.), *Contrats et concessions des communes et des Etablissements communaux de bienfaisance* ; Perriquet, *Traité théorique et pratique des T.P.*, ; Montmerle (J.), thèse, Paris, 1931, etc..

(Pour une liste plus complète et pour plus de détails sur les ouvrages cités ici : année et lieu de parution, éditeur, format, etc., voir notre Bibliographie, à la fin du volume.

portance des questions à examiner ; il fait leur place aux préoccupations des contractants : administration, entrepreneurs ; il fouille la situation de l'adjudicataire et celle des candidats évincés.

En quelque sorte il est double : se plaçant du côté des actes de l'opération (soumissions, examen des titres des concurrents, proclamation de l'adjudicataire etc...), et du côté des sujets en jeu (personnes publiques, soumissionnaires, adjudicataires, tiers).

Il comprend cinq chapitres précédés d'une partie historique : I. le choix du procédé : adjudication publique ou marché de gré à gré ; II. les diverses formes de l'adjudication ; III. le mécanisme de l'adjudication publique avec l'énoncé des règles fondamentales, l'étude des organismes de l'adjudication et leur fonctionnement, les résultats de l'opération. Nous y avons joint l'Exclusion des adjudications qui, bien qu'un peu en dehors du sujet de ce chapitre, s'y rattache en ce qu'elle constitue une exception à l'entière liberté de la concurrence ; IV. la situation du candidat proclamé adjudicataire ; V. celle des concurrents évincés, les recours qui leur sont ouverts.

Qu'il nous soit permis, enfin, et c'est pour nous une tâche bien agréable, de remercier M. le Professeur A. Mestre pour l'aide efficace et soutenue qu'il nous a apportée dans nos recherches et dans la confection de ce travail.

PARTIE HISTORIQUE

I

DANS L'ANCIENNE ROME

La règle de l'adjudication pour les travaux publics est très ancienne, elle était pratiquée à Rome pour les travaux importants : grandes constructions, aqueducs, ponts, édifices publics etc ¹.

Les soumissionnaires devaient remplir certaines conditions pour être admis à l'adjudication : la plus importante était d'être capable d'exécuter les travaux. Cette capacité était appréciée souverainement par le magistrat représentant l'Etat, chargé, par sénatusconsulte, de surveiller l'exécution des travaux après avoir dressé le Cahier des charges (*lex*).

Des exclusions pouvaient être prononcées : notamment contre d'anciens adjudicataires n'ayant pas donné satisfaction. C'est ainsi que les entrepreneurs dont les travaux mal exécutés donnaient lieu à réparation pouvaient se voir écarter de la nouvelle adjudication.

D'autres conditions figuraient dans le cahier des charges : l'adjudicataire devait donner caution (*præ-*

1. Daremberg et Saglio, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, au mot : *Censoria locatio*, p. 1001 et suiv. « Les travaux et fournitures à faire pour le compte de l'Etat étaient adjugés au rabais par les censeurs, aux enchères, avec publicité et concurrence... ».

des) et fournir des garanties en immeubles (*prædia*) ; enfin, toute une série de clauses visait l'exécution du travail et la réception des ouvrages : défense de sous-traiter, réparation des dommages, emploi de bons matériaux, etc...

Les soumissions ne se faisaient pas sous pli fermé, comme aujourd'hui, mais sous forme de propositions orales au cours de la séance d'adjudication. L'adjudicataire appelé « publicain » ou « manceps » ou encore « redemptor » était celui qui avait fait l'offre la plus avantageuse.

II

EN FRANCE, SOUS L'ANCIEN RÉGIME

Nous retrouvons, sous l'ancienne monarchie française, la pratique de l'adjudication publique. Les idées de concurrence et de publicité, qui sont à la base de ce procédé, étaient apparues, en effet, au pouvoir royal, comme les plus propres à sauvegarder l'intérêt des finances de l'Etat.

Dès le ^{xv}^e siècle, à l'occasion d'une réorganisation administrative des travaux publics, effectuée par Henri IV, des ordonnances prescrivirent que les entreprises seraient confiées par voie d'adjudication au rabais, avec publicité, etc... ; et que ne seraient admises à concourir que les personnes offrant bonne et suffisante caution ¹.

1. Voir entre autres les arrêts du Conseil des 13 janv. 1605, 12 août 1606, 10 sept. 1602, août 1609 ; les déclarations du 7 fév. 1608 ; les ordonnances des 27 fév. 1606 (Archives du Calvados, série C. 1680), 25 fév. 1611 et 24 janv. 1614 (même cote), 18 août 1626 (série C. 1681), 8 mars 1638 (même cote), 20 juin 1646 (série C. 1682), etc...

Mais c'est seulement au **xvii^e** siècle, sous le règne de Louis XIV et grâce à la direction éclairée de Colbert, que la procédure de l'adjudication publique fut réglementée d'une façon claire et précise. La règle était alors, en principe, d'application générale : à tel point que même les concessions de travaux publics étaient données par voie d'adjudication. C'est de cette manière que Riquet devint, en 1666, concessionnaire du canal du Midi. En fait, malgré Colbert qui tenait à ce qu'elle fut appliquée rigoureusement, la règle de l'adjudication ne fut pas toujours suivie. On s'en écartait pour les travaux exigeant des capacités spéciales ou encore pour des travaux d'intérêt communal : constructions d'églises et de presbytères, etc...

L'adjudication se faisait en séance publique sous la présidence des trésoriers de France, au début du siècle, des intendants ensuite, et parfois, pour des adjudications importantes, en présence du Conseil des Finances.

L'administration proposait un prix, puis trois feux étaient successivement allumés au cours desquels les entrepreneurs admis à concourir annonçaient leurs rabais ; c'est donc encore le procédé de la criée des offres ou des enchères « à la chaleur des feux » qui s'applique : la formule des soumissions cachetées ne fera son apparition que plus tard. Était proclamé adjudicataire le concurrent qui avait proposé le rabais le plus fort au moment de l'extinction des feux : pratiquement, le dernier enchérisseur. L'administration pouvait ne pas s'estimer satisfaite, elle avait alors la faculté de procéder à une nouvelle

adjudication, huit jours après la première, et même à plusieurs autres si elle le jugeait bon.

Enfin, procès-verbal était dressé et le Conseil des Finances appelé à donner son approbation.

Les inconvénients de ce système consistaient en ce que l'on sacrifiait l'intérêt des entrepreneurs à celui du Trésor. Dans beaucoup de cas le prix d'adjudication ne couvrait pas le coût de l'entreprise et l'adjudicataire se ruinait. Pour éviter les risques d'une mauvaise exécution, Colbert avait soin d'exiger des cautions sérieuses et n'hésitait pas à recourir aux moyens les plus rigoureux (folle enchère, emprisonnement) pour obliger les adjudicataires et leurs cautions à exécuter les travaux ¹.

III

DE LA RÉVOLUTION DE 1789

A LA TROISIÈME RÉPUBLIQUE

Dans la période révolutionnaire les textes traitant de l'adjudication publique sont nombreux, mais aucun n'envisage la question d'une manière générale ² ;

1. A titre documentaire, consulter pour cette période, entre autres : les Archives des Bouches-du-Rhône, série C. 70 et 510 ; les Arch. de l'Ardèche C. 1365, 1371 à 1394, 1417 à 1426 ; les Arch. de la Côte-d'Or C. 2974 et 3810 ; les Arch. du Calvados C. 1729 et 1731 — et divers arrêts du Conseil : en particulier ceux des 8 nov. 1740, 26 oct. 1701, 25 juin 1718, 18 déc. 1725, 19 janv. 1726, 4 sept. 1731, 8 janv. et 3 déc. 1745, 11 mai 1747, 25 avril 1748, 23 déc. 1750, 29 févr., 4 avril, 19 mai 1748, 10 août 1744, 30 mai 1746, 21 déc. 1744, 7 sept. 1755, 29 avril 1765, 10 mai 1780, 31 août 1785, 23 janv. 1787, etc...

2. En ce qui concerne les travaux du ministère de la Guerre, le décret de l'Assemblée Nationale Constituante des 8-10 juillet 1791 pose le principe de l'adjudication au rabais pour la construction et l'entretien des fortifications et édifices militaires. — Titre VI, art. 3 « tous les travaux de construction, entretien ou réparation des forti-

ce n'est que sous la Monarchie de Juillet qu'une disposition d'ensemble sera prise. Au demeurant, tous ces textes particuliers ne font guère que reprendre en les codifiant les règles en usage sous l'Ancien Régime.

Sous l'Empire, l'adjudication publique au rabais devint la règle pour les marchés relatifs aux constructions, reconstructions et réparations de bâtiments appartenant aux hospices et autres établissements de charité¹; étaient exceptées toutefois les réparations n'excédant pas 1000 francs.

Il est à remarquer que l'adjudicataire avait la faculté, jusqu'à notification de la ratification du préfet ou du sous-préfet, de se désister de son adjudication en consignant la différence entre son offre et celle du dernier moins-disant.

Ces règles furent étendues aux communes par le décret du 17 juillet 1808.

Le nouveau cahier des charges introduit en 1811 ne fit qu'appliquer les anciens règlements : il exigeait toujours des candidats aux adjudications un certificat de capacité et une caution. Toutefois le certificat de capacité n'était pas nécessaire pour soumissionner aux travaux de terrasse, de chaussées d'empierrement ou de gravetages; cette dispense avait été

fications, bâtimens et établissemens militaires quelconques, et de tout ce qui en dépend, seront faits par entreprise, d'après une adjudication au rabais, etc... ».

L'adjudication était faite par les commissaires ordonnateurs (décret du 20 sept.-14 oct. 1791).

Pour les entreprises de la marine : décret du 2 brumaire an IV ; arrêté du Directoire exécutif du 9 fructidor an VI.

Pour la réparation des routes et des ponts : décret des 16-20 frimaire an II (6-10 déc. 1793).

1. Décret du 10 brumaire an XIV (1^{er} nov. 1805).

introduite, du reste, antérieurement à la publication du cahier que nous examinons.

L'entreprise était confiée au candidat qui faisait les conditions les meilleures, sauf exceptions dans l'intérêt du service¹. L'adjudication était faite en conseil de préfecture, par le préfet assisté de l'ingénieur en chef; le procédé de soumission était celui des enveloppes cachetées. L'homologation rendait définitive l'acceptation de l'adjudicataire, elle était donnée par le directeur général des Ponts-et-Chaussées, à qui avait été adressé le procès-verbal d'adjudication. Il pouvait modifier le projet ou devis présenté, mais faculté était laissée à l'entrepreneur de retirer sa soumission au cas où les modifications opéraient sur le prix total une différence de plus d'un sixième en plus ou en moins.

Le mode d'adjudication dans les travaux des Ponts-et-Chaussées fut réglé sous Charles X par l'Ordonnance des 10-27 mai 1829 (titre III). La désignation de l'adjudicataire se faisait sur concours, par voie de soumissions cachetées; toutefois, en cas d'urgence et lorsque les travaux ne dépassaient pas cinq mille francs, le préfet pouvait recevoir des soumissions isolées et sans concours. Si aucun adjudicataire n'était désigné parce que les prix demandés par les concurrents dépassaient ceux offerts par l'administration dans le projet, le Directeur général des Ponts-et-Chaussées avait à se prononcer sur ce qu'il convenait de faire : surseoir ou non à l'adjudication. Si, au

1. Art. 2 « Les travaux seront confiés à l'entrepreneur qui fera les conditions les plus avantageuses au gouvernement à moins toutefois que, pour des raisons particulières et dont il lui sera donné connaissance, l'intérêt du service n'exigeât que la soumission, en apparence la plus avantageuse, ne fût pas préférée... ».

contraire, l'adjudication donnait un résultat c'était lui également qui devait l'approuver pour la rendre définitive ; toutefois pour les adjudications de travaux d'entretien et de réparations ordinaires, l'approbation du préfet suffisait.

A la suite des expéditions d'Espagne et d'Alger des cas de corruption de fonctionnaires ayant été découverts, la loi du 31 janvier 1833 portant règlement définitif du budget de 1829 décida ce qui suit : « Une ordonnance royale règlera les formalités à suivre à l'avenir dans tous les marchés passés au nom du gouvernement ».

C'est dans ces conditions qu'intervint l'Ordonnance du 4 décembre 1836 soumettant à des règles uniformes les marchés de l'Etat. C'était la première fois en France qu'une règle générale était formulée en cette matière. L'adjudication avec concurrence et publicité demeurait le principe de désignation de l'entrepreneur de travaux de l'Etat, toutefois le marché de gré à gré était prévu dans certains cas limitativement énumérés¹.

La formule de l'adjudication restreinte pour certains travaux « qui ne pourraient être sans inconvénients livrés à une concurrence illimitée » fut adoptée.

Les soumissions devaient être remises cachetées en séance publique. Dans le cas où plusieurs soumissionnaires auraient offert le même prix et où ce prix serait le plus bas de ceux portés dans les soumissions, il était ordonné de procéder, séance tenante, à une

1. Art. 1^{er} « Tous les marchés au nom de l'Etat, seront faits avec concurrence et publicité, sauf les exceptions mentionnées en l'article suivant ».

Les exceptions sont, à peu de chose près, celles indiquées dans le décret du 18 nov. 1882 que nous examinons plus loin en détail.

réadjudication entre ces soumissionnaires. Il en était de même lorsque des offres de rabais d'au moins 10 % chacune sur le prix d'adjudication se produisaient après la séance d'adjudication et pendant un délai maximum de trente jours. La réadjudication devait se faire entre le premier adjudicataire et l'auteur ou les auteurs des offres de rabais.

L'approbation par une autorité supérieure demeurait la condition nécessaire de la validité de l'adjudication ou de la réadjudication ; mais, désormais, elle était donnée par le ministre compétent.

Une autre ordonnance, du 14 novembre 1837, régla la procédure à suivre pour la désignation des entrepreneurs, en ce qui concerne les travaux des communes et des établissements de bienfaisance. Cette ordonnance, encore en vigueur dans ses grandes lignes, sera examinée dans la suite de cet ouvrage.

Le cahier des charges de 1811, réimprimé en 1833, fut remplacé sous le Second Empire, par le cahier des clauses et conditions générales imposées aux entrepreneurs du 16 novembre 1866 : il ne présentait, au point de vue de l'adjudication, que de légères modifications sur les visas des certificats de capacité et sur le cautionnement.

Enfin, en 1882, le principe de l'adjudication publique pour les marchés de l'Etat, fut posé par un décret du 18 novembre qui remplaçait l'ordonnance du 4 décembre 1836. Ce décret demeure la base de la législation en notre matière ; il déborde, par conséquent, ce cadre historique et sera examiné tout au long de notre travail.

CHAPITRE PREMIER

ADJUDICATION OU MARCHÉ DE GRÉ A GRÉ

La première préoccupation des administrations lorsqu'elles désirent faire exécuter un travail public est de savoir comment elles procéderont pour choisir leur cocontractant.

Deux procédés sont à leur disposition : l'adjudication publique, le libre choix par la conclusion d'un marché de gré à gré ou d'un marché sur facture.

De telle sorte que, si nous laissons de côté les marchés sur facture qui ne sont passés que pour des objets de très faible importance et sans cahier des charges, la grosse majorité des marchés peut se ramener à deux types : les marchés par adjudication et les marchés de gré à gré.

De ces deux procédés les administrations publiques peuvent-elles user librement ou bien sont-elles tenues d'employer l'un ou l'autre selon les marchés à conclure ?

Aucune obligation d'ordre général n'est formulée à cet égard : elles peuvent choisir librement leur cocontractant, elles peuvent, au contraire, attendre sa désignation de la procédure de l'adjudication publique.

C'est donc, en droit public français, la liberté du choix du procédé et, en particulier, le libre choix du cocontractant qui est le principe. Mais à ce principe tout à fait général, les lois et les règlements apportent de nombreuses exceptions ; notamment, pour une catégorie importante de contrats (ceux qui nous occupent : marchés de travaux publics et de fournitures) c'est le recours à l'adjudication qui est la règle et le libre choix, l'exception.

I

LA RÈGLE DE L'ADJUDICATION EN MATIÈRE DE TRAVAUX PUBLICS ET SES EXCEPTIONS

Pour les marchés de travaux publics et de fournitures, il faut renverser le principe que nous venons de poser pour les contrats administratifs en général, et dire que le contrat sur adjudication est la règle et le marché de gré à gré l'exception.

Il convient, toutefois, de donner quelques précisions. En effet, sous l'expression générale de travaux publics deux contrats différents peuvent être désignés : soit la construction ou l'entretien d'un ouvrage public, soit la construction d'un ouvrage destiné à un service public et l'exploitation de ce service par le constructeur. Dans le premier cas, il y a : *marché* ou *entreprise de travaux publics*, dans le second : *concession de travaux publics*.

Dans ces deux hypothèses, l'administration fait appel au concours d'un particulier ; il existe un autre

procédé d'exécution des travaux publics qui permet à l'administration de se passer de cocontractant, en faisant exécuter le travail par son propre personnel : c'est le procédé de la *régie*.

En définitive, trois procédés d'exécution sont à la disposition des administrations en matière de travaux publics.

L'adjudication publique demeure-t-elle la règle quelque soit le procédé choisi ? Pour répondre à cette question, examinons successivement chacun des trois procédés d'exécution des travaux publics que nous venons d'indiquer.

Régie. — Il faut éliminer tout de suite ce procédé : puisque l'administration fait elle-même le travail, elle n'a pas à se préoccuper de choisir un cocontractant. Les dispositions relatives à l'adjudication publique et au marché de gré à gré ne sont pas, par conséquent, applicables à la régie de travaux publics.

*Concession de travaux publics*¹. — La concession étant, en général, un contrat de plus longue durée que l'entreprise, il est indispensable que la personne administrative s'entoure de garanties, qu'elle connaisse bien son concessionnaire éventuel, qu'elle ait confiance en lui. Le contrat se forme *intuitu personae*, en considération de la personne du concessionnaire.

Dès lors, il apparaît clairement que le mécanisme de l'adjudication avec sa brutalité, son automatisme ne saurait convenir. En ce cas, la règle c'est le marché

1. Il existe un autre contrat que l'on dénomme : *concession de service public*, et qui diffère de celui que nous étudions en ce que le concessionnaire n'a pas à construire l'ouvrage destiné au service public, il doit seulement exploiter ledit service.

de gré à gré¹. Ce n'est pas à dire, toutefois, que l'administration ne pourra jamais procéder par adjudication : elle est libre de le faire et cela lui est recommandé lorsque les candidats concessionnaires en présence offrent tous des garanties à peu près équivalentes. Adoptant ce procédé, l'administration devra se conformer aux règles établies pour l'adjudication des entreprises de travaux publics.

Marché ou entreprise de travaux publics. — C'est dans ce domaine que notre principe trouve sa pleine confirmation. L'adjudication publique est le procédé imposé par les textes législatifs et réglementaires pour la désignation de l'entrepreneur de travaux publics.

Par conséquent, c'est l'étude de l'adjudication publique dans le cadre des marchés de travaux publics des diverses collectivités publiques que nous entreprenons et, dans nos explications, il sera toujours question, sans que nous ayons besoin de le préciser davantage, de ces sortes de marchés ou entreprises, à l'exclusion des régies et concessions.

La règle de l'adjudication pour la désignation de l'entrepreneur de travaux publics ne va pas sans exceptions : il est des cas précis, limitativement énumérés par les textes, où elle n'est plus obligatoire et où les collectivités publiques peuvent passer des marchés de gré à gré.

Examinons, à présent, la règle et ses exceptions, dans les marchés des diverses collectivités publiques.

§ 1. *Marchés de l'Etat.* — Le principe de l'adjudica-

1. C. d'Etat, 6 avril 1900, *Montfort l'Amaury, Rec.*, p. 272 ; 23 juill. 1909, *Combret, Rec.*, p. 728 ; 24 janv. 1919, *Clauzel, Rec.*, p. 68.

tion publique est posé par le décret du 18 novembre 1882 qui a remplacé l'ordonnance du 4 décembre 1836 et a été lui-même modifié par les décrets des 23 août 1919 et 2 avril 1927. Son article 1^{er} porte : « Les marchés de travaux, fournitures ou transports au compte de l'Etat sont faits avec concurrence et publicité, sauf les exceptions mentionnées à l'article 18 ci-après »¹.

L'adjudication est obligatoire, en principe, pour tous les marchés, à l'exception de ceux dont l'énumération limitative figure dans les textes précités. Ce serait dépasser le cadre de ce travail, que d'examiner en détail cette réglementation ; contentons-nous d'indiquer les principales exceptions à la règle, autrement dit les cas dans lesquels l'Etat peut se dispenser de procéder par adjudication.

L'Etat peut passer des marchés de gré à gré : lorsque la dépense totale du travail n'excède pas quatre vingt mille francs ou « s'il s'agit d'un marché passé pour plusieurs années dont la dépense annuelle n'excède pas vingt mille francs » — « lorsque les circonstances exigent que les opérations du gouvernement soient tenues secrètes... » — pour les fabrications réservées à des porteurs de brevet d'invention — pour les travaux d'essai ou d'études et les ouvrages d'art et de précision — lorsqu'il s'agit de travaux « que des nécessités de sécurité publique empêchent de faire exécuter par voie d'adjudication » — lorsqu'il s'agit de travaux « qui n'ont été l'objet d'aucune offre aux adjudications »

1. V. encore : décret du 9 déc. 1921, autorisant la passation de marchés de gré à gré sans limitation de somme pour les travaux de déblaiement des maisons d'habitation, magasins et usines des régions libérées ; et décret du 16 sept. 1929 relatif aux travaux et fournitures en cas de mobilisation.

ou de travaux « qui, dans les cas d'urgence évidente amenée par des circonstances imprévues ne peuvent pas subir les délais des adjudications » — ou pour les travaux « que l'administration doit faire exécuter aux lieu et place des adjudicataires défaillants »¹.

§ 2. *Marchés des départements.* — Pour les travaux départementaux il n'existe pas de texte : cette lacune peut s'expliquer par ce fait que la personnalité des départements n'ayant été reconnue qu'assez tard, ce qui aurait pu être considéré comme travaux départementaux était compris, à l'origine, dans les travaux de l'Etat. Ce n'est, en effet, que postérieurement à l'ordonnance de 1836 sur le principe de l'adjudication publique dans les travaux de l'Etat, que la personnalité des départements fut mise hors de doute par la loi du 10 mai 1838.

A défaut de texte, le Conseil d'Etat, par sa jurisprudence et des avis, s'est prononcé dans le sens de l'application de plein droit aux marchés des départements du décret du 18 novembre 1882 et de ses modifications, comme il s'était prononcé auparavant, pour l'application de l'ordonnance de 1836².

§ 3. *Marchés des communes et des établissements de bienfaisance.* — Le principe de l'adjudication publique est posé par l'ordonnance du 14 novembre 1837,

1. C. d'Etat, 14 nov. 1934, *Debachy, Rec.*, p. 1057.

2. Avis du C. d'Etat, du 27 juin 1889 ; C. d'Etat, 27 fév. 1845, *Giraud, Rec.*, p. 80 : « Les règles prescrites par l'ordonnance du 4 déc. 1836, concernant les marchés passés au nom de l'Etat, sont également applicables aux marchés passés au nom des départements » ; — 9 fév. 1912, *Sté coopérative d'ouvriers plombiers, couvreurs et zingueurs de Limoges, Rec.*, p. 192.

article 1^{er} : « Toutes les entreprises pour travaux et fournitures au nom des communes et des établissements de bienfaisance seront données avec concurrence et publicité, sauf les exceptions ci-après ». D'autres exceptions sont prévues par la loi municipale du 5 avril 1884, article 115 modifié par les lois des 17 juin 1918, 15 janvier 1924, par le décret du 5 novembre 1926, article 16 et, enfin, par le décret-loi du 23 octobre 1935¹.

Les exceptions, c'est-à-dire les cas où les communes et les établissements de bienfaisance sont autorisés à passer des marchés de gré à gré ne sont pas très différentes de celles indiquées par le décret de 1882 pour les marchés de l'Etat. Lorsque le montant des marchés ne dépasse pas certains maxima, les communes peuvent se dispenser de recourir à l'adjudication publique et traiter de gré à gré ; elles peuvent même traiter verbalement pour les petits travaux de faible importance (loi de 1884, art. 115 modifié par le décret-loi du 23 octobre 1935)². Elles peuvent aussi

1. « Les conditions dans lesquelles peuvent être passés les marchés de gré à gré des *Hospices et Hôpitaux* sont réglées par l'art. 8 de la loi du 7 août 1851, modifiée par la loi du 9 fév. 1927, et non par l'art. 115 de la loi du 5 avril 1884 qui concerne seulement les communes et établissements de bienfaisance autres que les hospices et hôpitaux ». (C. d'Etat, 13 déc. 1935, *Commission administrative des Hospices civils de Morlaix, Rec.*, p. 1182) et également : Réponse du ministre des Finances au *J. Off.*, du 10 mars 1937.

2. Art. 1^{er}, al. 2 et 3 : « Les communes et les établissements de bienfaisance sont dispensés de passer des marchés écrits pour les travaux, transports et fournitures dont la dépense n'excède pas 3.000 fr. dans les communes de moins de 30.000 habitants de population municipale et 6.000 fr. dans les communes d'une population supérieure, ainsi que dans celles même d'une population inférieure qui sont situées dans un département dont la population dépasse 2 millions d'habitants.

« Les communes et les établissements de bienfaisance peuvent passer des marchés de gré à gré pour les travaux, transports et fournitures quelconques dont la valeur n'excède pas, pour le montant total de l'entreprise, la somme de 15.000 francs dans les communes de 5.000

passer des traités de gré à gré sans limitation de somme pour certaines catégories de travaux dont l'énumération figure dans l'ordonnance de 1837, article 2 ; ces cas sont au nombre de sept : ils se rapportent aux objets dont la fabrication est exclusivement attribuée à des porteurs de brevet d'invention — aux objets qui n'auraient qu'un possesseur unique — aux ouvrages d'art et de précision — aux exploitations faites à titre d'essai — aux marchandises qui doivent être achetées et choisies au lieu de production — aux travaux qui n'auraient été l'objet d'aucune offre aux adjudications et à l'égard desquels il n'aurait été proposé que des prix inacceptables sans que l'administration puisse dépasser le maximum de prix arrêté, lors de l'adjudication — aux travaux urgents.

Cette énumération est limitative ; tous les marchés ne rentrant pas dans une de ces catégories et dont le montant dépasse les maxima indiqués ci-dessus doivent être passés par adjudication.

La jurisprudence a précisé ces dispositions. C'est ainsi que dans un important arrêt du Conseil d'Etat du 23 novembre 1934, *Syndicat des contribuables de l'arrondissement d'Aix-en-Provence* (D. 35.3.9), la haute assemblée s'exprime de cette manière : « Cons. qu'il ressort des dispositions combinées de l'article 115 de la loi de 1884 (modifié par le décret du 5 novembre 1926) et de l'ordonnance de 1837, que les marchés des communes, lorsque leur montant excède, comme dans

habitants et au-dessous. Ce maximum est porté à 30.000 francs pour les communes de 5.001 à 30.000 habitants, à 80.000 fr. pour les communes d'une population supérieure. Lorsque les marchés sont conclus avec des sociétés d'ouvriers français, les maxima, ci-dessus prévus, sont majorés de 5.000 francs ».

l'espèce actuelle, les maxima fixés par l'article 16 du décret-loi précité, doivent être passés par voie d'adjudication publique, sauf dans les cas exceptionnels, énumérés limitativement par les paragraphes 1 à 7 de l'article 2 de l'ordonnance de 1837 ». Examinant ensuite l'espèce, le Conseil d'Etat conclut : que doivent être considérés comme ouvrages d'art et de précision « à raison de leur nature spéciale » les travaux de construction d'un frigorifique et l'équipement mécanique des abattoirs et, par conséquent, faire l'objet d'un marché de gré à gré ; par contre, « les travaux afférents aux installations électriques et au service de distribution d'eau desdits abattoirs ne rentrent dans aucune des exceptions prévues par la réglementation en vigueur » et doivent être passés par adjudication publique, sauf à recourir à l'adjudication restreinte, si on le juge utile¹.

Notons encore que « ces prescriptions sont impératives et les préfets et l'autorité supérieure, tuteurs des communes, ne peuvent les dispenser de l'adjudication que dans les cas exceptionnels et limitativement prévus par les lois et règlements »².

Par ailleurs, il n'est pas permis aux communes d'interpréter trop largement les exceptions ; par exemple, l'on ne saurait assimiler à des ouvrages d'art, dispensés de l'adjudication, des travaux de terrassement, de maçonnerie, de béton armé, de menuiserie métallique nécessités pour la construction d'une école

1. V. la note de M. Gaston Monsarrat sous cet arrêt.

2. Cf. H. Fabiani, *Les marchés de gré à gré en matière de travaux communaux*, dans *Revue jur. et fiscale de l'entreprise*, 1935, p. 325.

ou d'un hôtel de ville¹ ; par contre, le Conseil d'Etat a admis que la reconstruction en ciment armé des arènes d'une ville constituait un ouvrage d'art « dont l'exécution ne peut être confiée qu'à des artistes éprouvés »².

Toutefois, cette décision date de 1916 et, on a tendance, aujourd'hui, à considérer le ciment armé comme ne constituant pas un travail d'art ou de précision au sens de l'article 2 de l'ordonnance de 1837. Il en est de même pour d'autres matériaux ou instruments scientifiques, tels, par exemple, que les appareils de transmission télégraphique des images ou des messages téléautographiés qui constituant, actuellement, des ouvrages d'art et de précision, pourront perdre ce caractère lorsqu'ils seront d'une fabrication courante.

En fait, en ce qui concerne les travaux en béton armé c'est, dans la plupart des cas, le marché sur concours qui est adopté.

Les municipalités peuvent, d'ailleurs, se trouver embarrassées pour apprécier ce qui est *travail d'art* et ce qui ne l'est pas. Il n'y a pas de critérium certain ; il paraît toutefois évident que c'est la *qualité* de l'ouvrage et non son volume qui doit être considérée.

1. C. d'Etat, 13 mars 1935, *Foucher et autres, Rec.*, p. 323 : « Cons. (.....) que si l'art. 2-3° (de l'ordonnance de 1837) permet, par dérogation à cette règle (de l'art. 1^{er} de ladite ordonnance) de traiter de gré à gré pour les ouvrages et les objets d'art et de précision dont l'exécution ne peut être confiée qu'à des artistes éprouvés, les travaux de terrassement, de maçonnerie, de béton armé, de menuiserie métallique de l'école de la rue de S., et du nouvel hôtel de ville de B., ne rentraient pas dans cette catégorie ; que, les requérants sont, dès lors, fondés à soutenir que c'est en méconnaissance de l'art. 1^{er} précité que les travaux dont s'agit n'ont pas été soumis à la formalité de l'adjudication ; et à demander, par suite, l'annulation des décisions attaquées ».

2. C. d'Etat, 8 déc. 1916, *Labau, Rec.*, p. 518.

Quant à l'expression « artistes éprouvés », il semble qu'il faille l'interpréter dans le sens que lui donne le décret de 1882, article 18, dont s'inspire la jurisprudence et qui est celui « d'industriels éprouvés ». En définitive, pour déterminer ceux des travaux répondant à la qualification « d'ouvrages d'art et de précision », on ne peut que procéder par analogie, en recherchant des décisions jurisprudentielles rendues dans des cas semblables — nous en avons donné quelques exemples, malheureusement elles sont rares. Dans tous les cas douteux, les municipalités auront avantage à recourir à l'adjudication.

Une des exceptions à la règle de l'adjudication en matière de travaux communaux qui présente un grand intérêt à l'heure actuelle, est celle qui autorise les communes à passer des marchés de gré à gré pour les travaux et fournitures qui n'auraient été l'objet d'aucune offre aux adjudications et à l'égard desquels il n'aurait été proposé que des prix inacceptables (ordonnance de 1837, art. 2 § 2-6°). En effet, en raison de la crise et de la hausse des matières premières, beaucoup d'entrepreneurs soumissionnaires, loin de faire des rabais sur les prix du devis présenté par l'administration, demandent une augmentation ; l'adjudication est impossible et la question qui se pose pour les municipalités est de savoir si elles sont fondées, en cette occurrence, à passer un marché de gré à gré avec l'entrepreneur qui a demandé l'augmentation la moins élevée.

Il faut d'abord préciser qu'au cas où les soumissionnaires proposeraient des prix *inacceptables*, les communes peuvent incontestablement traiter de gré à gré

avec un entrepreneur de leur choix, même lorsqu'il s'agit de travaux pour lesquels l'adjudication est en principe obligatoire.

« Au surplus, il convient de rapprocher le texte du 6° de l'article 2 de celui du 7° du même article, aux termes duquel il peut être traité de gré à gré « pour les fournitures et travaux qui, dans le cas d'urgence absolue et dûment constatée, amenée par des circonstances imprévues, ne pourraient pas subir de délai d'adjudication ». C'est le préfet qui a incontestablement qualité pour apprécier si le projet de travaux ayant fait l'objet d'une première adjudication infructueuse présente le caractère de travaux urgents ; sa décision, sur ce point, serait, semble-t-il, souveraine ; elle constitue, en effet, un acte de tutelle, c'est-à-dire un acte dit, en droit, « de pure administration », échappant, par sa nature même (sauf le cas de violation de la loi ou d'erreur de droit), à la censure du Conseil d'Etat. Si, dans le cas où les travaux sont urgents, le préfet a le droit d'autoriser la commune à traiter à l'amiable, ainsi que le prévoit le texte du 7° de l'article 2, avant toute adjudication, à plus forte raison ce droit doit-il lui être reconnu lorsqu'il a été procédé à une adjudication qui n'a pas donné de résultats.

Or, le délai supplémentaire qu'exigerait pour une nouvelle adjudication par suite de la carence des soumissionnaires dans le cas envisagé est la conséquence du bouleversement économique qui s'est produit, par suite des réformes sociales, dans le marché du travail ; cette carence constitue un cas fortuit ; elle retarderait, si l'on n'admettait pas le marché amiable, l'exécution

de travaux comme ceux d'adduction d'eau qui sont, dans la plupart des cas, réellement urgents puisque leur réalisation conditionne, dans une large mesure, l'assainissement, l'hygiène, par suite la santé publique et même, dans les communes rurales, la prospérité agricole »¹. Il est donc bien évident que lorsque l'adjudication n'a pas donné de résultat et, qu'en plus, il y a urgence, les communes peuvent passer un marché de gré à gré avec l'entrepreneur qui a demandé l'augmentation la moins élevée.

En ce qui concerne, uniquement, les *travaux urgents*, précisons qu'ils peuvent être ordonnés par traités de gré à gré, à condition qu'il s'agisse d'une urgence absolue, amenée par des circonstances imprévues ne permettant pas de subir les délais de l'adjudication. Le caractère d'urgence doit être dûment constaté et il appartiendrait, le cas échéant, au Conseil de préfecture d'en apprécier la réalité et l'intensité².

Toutes ces règles sont prescrites à peine de nullité, et la tendance du Conseil d'Etat est d'exiger de plus en plus strictement des communes qu'elles recourent à l'adjudication. Notamment, en ce qui concerne la possibilité pour les communes de traiter de gré à gré après une tentative infructueuse d'adjudication,

1. G. Monsarrat, *L'eau, Rev. jur. et fiscale de l'entreprise*, juin 1937, p. 146.

2. C. d'Etat, 12 fév. 1926, *Rolland et Bernard, Rec.*, p. 172 : « Cons que la Commission administrative de l'Hôpital-hospice de G. a passé un marché de gré à gré pour les travaux et fournitures relatifs à l'installation du chauffage central et à la distribution de l'eau ; que ce marché — lequel excédait 3.000 francs et ne présentait pas un caractère d'urgence absolue et dûment constatée, amenée par des circonstances imprévues, incompatibles avec les délais d'adjudication — ne rentrait dans aucune des exceptions limitativement fixées par l'ordonnance de 1837 ... ».

elles sont tenues à des règles formelles. En effet, des communes pourraient, pour tourner la règle de l'adjudication, user d'un moyen consistant à établir des prix inacceptables pour les soumissionnaires, et, les écartant, rendre ainsi l'adjudication impossible, ce qui leur permettrait ensuite de passer un marché de gré à gré avec un entrepreneur de leur choix à des conditions qui pourraient se révéler préjudiciables aux intérêts communaux. Pour empêcher semblable manœuvre, il leur est prescrit de ne pas dépasser dans le marché de gré à gré le prix maximum ou le rabais minimum arrêté lors de l'adjudication restée sans résultat.

Cas de fractionnement du travail en plusieurs lots. — Pour déterminer s'il y a lieu de procéder par adjudication, il faut considérer l'ensemble du travail, c'est-à-dire la somme des lots. C'est seulement si ce total n'excède pas les maxima légaux que le marché de gré à gré sera permis.

De même, s'agissant d'un marché passé pour plusieurs années, il faut prendre en considération le montant total du marché et non la dépense annuelle.

Ville de Paris. — En raison de son importance, et bien que les règles relatives à ses adjudications soient, dans leurs grandes lignes, les mêmes que celles applicables aux autres communes, il convient de lui faire une place à part.

Pour les adjudications de la Ville de Paris, c'est le règlement sur la comptabilité des recettes et des dépenses de la Ville de Paris du 28 décembre 1878 qui s'applique; il ne fait, du reste, que reproduire

l'ordonnance du 14 novembre 1837, applicable aux marchés des communes, ainsi que nous l'avons vu précédemment.

L'adjudication publique est, en principe, obligatoire pour les travaux de la ville. Elle a, toutefois, comme les autres communes, la faculté de passer des marchés de gré à gré dans les sept cas de l'article 2 de l'ordonnance de 1837, et, aussi, pour les travaux des services municipaux des préfectures de la Seine et de police, dont la dépense n'excède pas 40.000 fr. ou, s'il s'agit d'un marché passé pour plusieurs années, dont la dépense annuelle ne dépasse pas 10.000 frs. Il est à remarquer que ce régime est moins favorable que celui dont jouissent les communes d'une population supérieure à 30.000 habitants¹. Lorsque le contrat est passé avec une société d'ouvriers, le maximum de 40.000 est porté à 100.000 frs. La ville peut encore, pour les petits travaux (maximum : 3.000 frs) passer des commandes sur simple mémoire.

Pour terminer nos explications sur ce point, faisons remarquer que, si l'adjudication publique, lorsqu'elle est obligatoire, ne peut être évitée sans risquer de voir prononcer l'annulation du contrat passé en violation de cette règle, par contre, le marché de gré à gré, lorsqu'il est autorisé, ne s'impose pas impérativement. L'administration contractante est toujours libre de renoncer à ce procédé et de recourir à l'adjudication. En résumé, le marché de gré à gré est, en notre matière, une exception dont il ne faut user qu'à bon escient et

1. *Supra*, p. 22 en note.

dont les contractants devront s'abstenir dans les cas douteux; l'adjudication, au contraire, pouvant toujours être employée¹.

II

ETUDE SPÉCIALE DE QUELQUES MARCHÉS DÉTERMINÉS

Nous ne nous sommes occupé jusqu'ici que des marchés de travaux publics en général; dans la suite de nos explications nous prendrons comme base les marchés de travaux des Ponts-et-Chaussées. Il ne faut pas oublier, toutefois, que d'autres services passent des marchés soumis aux mêmes règles. Dans ce bref paragraphe, nous signalerons quelques particularités sur le principe de l'adjudication publique pour les marchés des autres départements ministériels et pour certains marchés déterminés faisant fréquemment l'objet de discussions contentieuses.

Travaux militaires. — Le recours à l'adjudication est obligatoire sauf lorsque les circonstances exigent que les opérations du gouvernement soient tenues secrètes, ou encore, lorsque l'urgence des travaux à exécuter ne permet pas d'attendre les délais de l'adjudication. Le cahier des clauses et conditions générales applicable aux marchés de travaux de constructions militaires est celui du 15 octobre 1921.

Il faut noter également qu'à partir de l'ordre de

1. C. d'Etat, 3 fév. 1928, *Bourdel et Belin*, D.H. 1928.121 : « ... le recours à ce procédé exceptionnel (le marché de gré à gré) n'est jamais pour elle (l'administration) qu'une faculté à laquelle il lui appartient toujours de renoncer pour procéder à une adjudication conformément à la règle générale ».

mobilisation les dispositions du décret de 1882 cessent d'être obligatoires : en conséquence, des marchés de gré à gré pourront être passés toutes les fois que les autorités militaires le jugeront utile.

Pour les travaux du *service du génie*, l'adjudication est la règle ; il peut être passé des marchés de gré à gré dans certains cas (Instruction sur les marchés des travaux du service du génie, art. 15).

Habitations à bon marché. — Aucun texte ne prescrit pour leur construction de recourir à l'adjudication ; cependant, la législation attribuant aux offices d'habitations à bon marché le caractère d'établissement public ¹, il semble que toutes les règles régissant ces établissements leur soient applicables, et, notamment, celle les obligeant à employer l'adjudication publique lorsque la dépense prévue dépasse les maxima au delà desquels la loi interdit aux communes de passer des marchés de gré à gré. C'est, en dépit de certaines circulaires ministérielles ², l'opinion de la Cour des Comptes ³, elle-même confirmée par un arrêt du Conseil d'Etat décidant que les dispositions de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 14 novembre 1837, qui exigent l'appel à la concurrence et à la publicité, « doivent être réputées applicables aux marchés passés par les offices publics d'habitations à bon marché » ⁴.

1. Loi du 5 déc. 1922, art. 9 (*J. off.*, du 10 déc. 1922).

2. Circulaire du ministre des Finances du 10 mai 1924. V. dans le même sens : Réponse à une question écrite de M. René Fiquet, conseiller municipal, au *Bulletin municipal officiel de la Ville de Paris*, du 10 nov. 1932, p. 4400, n° 547.

3. Observations de la Cour des Comptes au ministre des Travaux publics (référé du 17 janv. 1927).

4. C. d'Etat, 10 janv. 1930, *Le Cordonner et Petton, Rec.*, p. 44.

Monuments historiques. — Aucune indication spéciale n'est donnée par les textes ; en général, les travaux à effectuer sur les monuments historiques sont considérés comme rentrant dans la catégorie des travaux artistiques prévus par le décret de 1882 et, en conséquence, passés par voie de traités de gré à gré.

Adduction d'eau. — Ces travaux rentrent « en raison de leur nature spéciale dans la catégorie de ceux pour lesquels l'ordonnance de 1837, article 2, § 3, prévoit qu'il peut être passé un marché de gré à gré »¹.

Pompes funèbres. — Aux termes de la loi du 28 décembre 1904, les communes peuvent assurer le service des pompes funèbres, qui leur est exclusivement attribué, soit directement, soit par entreprise. Si elles emploient ce dernier mode d'exploitation, le choix de l'entrepreneur doit se faire par adjudication publique, le marché ne rentrant dans aucune des exceptions limitativement fixées par l'ordonnance de 1837. Au cas où un Conseil municipal autoriserait le maire à passer un marché de gré à gré, il appartiendrait au préfet d'en prononcer la nullité et aux intéressés d'attaquer la délibération du Conseil municipal, en cas de carence du préfet. Même après une adjudication irrégulière le marché de gré à gré serait illégal².

1. C. d'Etat, 16 juin 1920, *Commune des Salles-du-Gardon, Rec.*, p. 583.

2. C. d'Etat, 5 fév. 1909, *Barla, Rec.*, p. 134 : « Cons. que le conseil municipal de T., a, par délibération (.....), autorisé le maire à passer un marché de gré à gré pour l'entreprise des pompes funèbres ; que ce marché ne rentrait dans aucune des exceptions limitativement fixées par l'ordonnance de 1837 ; que, dès lors, les sieurs B., sont fondés à soutenir que cette délibération a été prise en violation des dispositions combinées des lois et ordonnances précitées, et que c'est à tort que le préfet a refusé d'en déclarer la nullité » ; — 13 fév. 1914, *Cie Générale des P.F. de Lyon et Chaubert, Rec.*, p. 184 ; — 5 janv. 1923, *Boutet, Rec.*, p. 11.

Il est cependant des cas où le traité de gré à gré a été reconnu valable par le Conseil d'Etat : notamment dans une espèce où il s'agissait d'un traité passé pour « le transport des corps et la fourniture du char funèbre » d'un montant inférieur à 3.000 fr., il a déclaré le marché de gré à gré applicable¹. Il a encore admis la régularité du traité de gré à gré dans des marchés constituant « des contrats de concession du monopole du service extérieur des pompes funèbres ». Le Conseil d'Etat attribue à ces contrats le caractère de concession de service public, et, comme tels, soustraits aux formalités de l'adjudication². Dans un autre arrêt, le Conseil d'Etat considère que les communes ont la faculté, si elles le jugent utile, d'avoir recours à une adjudication publique, et « qu'elles peuvent dans ce cas, eu égard à la nature du service concédé, restreindre la concurrence conformément aux dispositions de l'article 3 de l'ordonnance de 1837 » et, enfin, que « l'opportunité de sa décision n'est pas susceptible d'être discutée devant le Conseil d'Etat »³.

Concession du droit d'affichage. — Le contrat qui a pour objet de conférer à une société le droit d'affichage sur les bâtiments communaux avec obligation,

1. C. d'Etat, 26 juill. 1912, *Vve Dumon et Suire, Rec.*, p. 883 : « Cons. que le montant du traité étant inférieur à 3.000 francs, la commune était en droit, au terme des dispositions combinées de l'ordonnance du 14 nov. 1837 et de l'art. 2 de la loi du 28 déc. 1904 sur le service extérieur des pompes funèbres, de contracter de gré à gré ... ».

2. C. d'Etat, 18 mars 1927, *Société des P.F. générales, Rec.*, p. 352 : « Cons. que le marché passé par la commune avec la société requérante constitue un contrat de concession du monopole du service extérieur des P.F. dans cette commune ; que si l'art. 2 de la loi du 28 déc. 1904 assimile les marchés conclus pour l'exploitation dudit service aux marchés de travaux publics, aucune disposition de loi ou de règlement n'assujettit aux formalités de l'adjudication les concessions de service public » ; — 27 mars 1930, *Société des P.F. du Midi, Rec.*, p. 352.

3. C. d'Etat, 31 oct. 1930, *Boutet, Rec.*, p. 877.

comme supplément de prix, de poser les affiches intéressant la municipalité, est un contrat de droit commun, et non une convention soumise à l'article 115 de la loi de 1884 et de l'ordonnance de 1837. En conséquence, ce droit exclusif a pu être accordé de gré à gré ¹.

III

CAS PARTICULIERS

Examinons maintenant quelques cas particuliers dans lesquels l'application des principes que nous venons d'étudier présente des difficultés.

Hypothèses dans lesquelles l'emploi du marché de gré à gré remplace l'adjudication obligatoire en principe.

« Lorsqu'une loi ou un règlement prescrit l'adjudication cela signifie que l'administration *doit* faire appel à la concurrence et à la publicité. Lorsque cet appel a été fait, si l'adjudication n'est pas suivie d'un contrat, l'administration n'est pas, en principe, obligée de recommencer des adjudications jusqu'à ce qu'elle trouve un cocontractant. Elle pourra conclure un contrat de gré à gré (V. décret de 1882, art. 18, ordonnance de 1837, art. 2). Il n'en serait autrement que si l'administration avait annoncé à l'avance une nouvelle adjudication et avait pris l'engagement d'y procéder. Dans la pratique lorsqu'une adjudication publique n'a donné aucun résultat, il est procédé à un « concours consécutif » (Instr. du 21 novembre 1921,

1. C. d'Etat, 15 avril 1910, *Agence Nationale d'affichage de la Compagnie nouvelle des chalets de commodité*, Rec., p. 311.

art. 24 et 35 ; formes : art. 45). Le marché de gré à gré n'interviendra que si le concours consécutif n'a pas donné de résultats »¹.

Si l'administration décide de passer un marché de gré à gré, elle doit observer le minimum de rabais, évalué dans ce cas à 0 %, ce qui revient à dire que le marché sera passé au prix du devis, en aucun cas ce prix ne devra être majoré. Quelques décisions isolées ont admis cependant la passation de marchés de gré à gré sur nouvelles offres².

Fractionnement par lots. — C'est un moyen employé pour éviter l'adjudication lorsque, d'après la valeur des travaux à entreprendre, celle-ci est obligatoire : on fractionne l'ensemble des travaux en un certain nombre de lots, de telle sorte que le montant de chaque lot soit inférieur au maximum légal, et on passe autant de marchés de gré à gré qu'il y a de lots. Cette pratique irrégulière a été condamnée par la Cour des Comptes (arrêté du 13 décembre 1910).

Nouveau marché. — Lorsqu'une commune a passé un marché par voie d'adjudication dans un cas où ce mode est obligatoire, elle ne saurait le proroger, à son expiration, par un traité de gré à gré ; cette prorogation constitue, en effet, un nouveau marché soumis aux règles ordinaires. De même une commune ne peut modifier par convention amiable un traité en voie d'exécution, qui avait été passé par adjudication.

Adjudicataire défaillant. — L'administration a la faculté de recourir à un marché de gré à gré pour

1. G. Jèze, *Les contrats administratifs*, 1932, p. 76 et suiv.

2. C. d'Etat, 13 janv. 1911, *Roginsky, Rec.*, p. 29.

remplacer l'adjudicataire défaillant (décret de 1882, art. 18-11°)¹. Ces dispositions ont été rendues applicables aux marchés du département de la Guerre par l'Instruction ministérielle du 21 novembre 1921².

Projet complexe. — Un projet de construction d'un casino, d'un musée, d'une bibliothèque municipale est un projet complexe justifiant « le groupement des diverses opérations entre les mains de la même personne, et, d'autre part, excluant l'application des règles de l'adjudication »³. Il semble que l'on puisse généraliser cette solution et écarter l'adjudication toutes les fois que l'on se trouvera en présence d'un projet complexe ; encore faudra-t-il être bien sûr de la complexité du projet ; il est à noter, en effet, que dans l'espèce rapportée ci-dessus les divers bâtiments faisant l'objet du marché étaient entièrement distincts les uns des autres ; c'est, évidemment, une hypothèse qui ne peut se présenter que rarement.

1. C. d'Etat, 28 juin 1933, *Joyeux fils, Rec.*, p. 701 : « Cons., d'autre part, en ce qui a trait aux conditions dans lesquelles a été passé le marché avec les sieurs V., qu'aux termes du Cahier des Charges des marchés des P.T.T., l'administration se réserve, en cas de résiliation, le droit de « pourvoir à son service par des marchés passés d'urgence aux risques et périls du fournisseur défaillant », que cette disposition n'impose pas, pour la passation des marchés dont s'agit, le recours à la procédure de l'adjudication et qu'il résulte des termes de l'art. 18-11° du décret de 1882 que l'administration a la faculté de recourir à un marché de gré à gré pour remplacer l'adjudicataire défaillant ».

2. C. d'Etat, 27 fév. 1935, *Debachy, Rec.*, p. 266 : « Cons. qu'en vertu des dispositions de l'Instruction ministérielle du 21 nov. 1921, relative aux marchés du département de la Guerre, rendues applicables à l'entreprise du sieur D., par le cahier des charges spéciales, l'administration pouvait traiter de gré à gré dans les cas prévus par le décret du 18 nov. 1882 ; qu'aux termes de l'art. 18 dudit décret, il peut être passé des marchés de gré à gré pour les travaux que l'administration doit faire exécuter aux lieux et places des adjudicataires défaillants et à leurs risques et périls, qu'il suit de là que le nouveau marché intervenu aux risques et périls du sieur D. pouvait être passé de gré à gré ».

3. C. d'Etat, 23 juill. 1920, *Marianne et autres, Rec.*, p. 749.

IV

SANCTIONS DE LA RÈGLE DE L'ADJUDICATION

§ 1. *Annulation des opérations irrégulières.* — La règle de l'adjudication est d'intérêt public ; mais, pendant longtemps le Conseil d'Etat a estimé qu'elle avait été établie dans l'intérêt unique de l'administration, de telle sorte que seule l'administration pouvait attaquer un marché de gré à gré passé en violation des lois et règlements prescrivant l'adjudication ; les particuliers ne pouvaient intervenir.

Une évolution s'est produite dans la jurisprudence : « Jusqu'en 1909, la sanction ne pouvait pas être la nullité de l'opération entreprise. Le raisonnement était le suivant : l'adjudication a pour but de protéger les administrations. Or, il appartient aux intéressés de renoncer aux moyens de protection que la loi met à leur disposition. Si les administrations ne veulent pas de cette protection (de l'adjudication), il n'appartient pas au juge de critiquer cette renonciation ¹.

Depuis 1909, le Conseil d'Etat considère que la règle de l'adjudication a été introduite, non pas dans l'intérêt personnel des administrations, mais bien dans l'intérêt public, dans l'intérêt général. Et, dès lors, le Conseil d'Etat en conclut que toutes les personnes intéressées peuvent demander la nullité de l'opération, c'est-à-dire faire tomber les délibérations des Conseils municipaux qui ont décidé l'opération, et les décisions préfectorales qui les auront approuvées » ².

1. C. d'Etat, 4 mars 1887, *Mainquet, Rec.*, p. 207.

2. A. Mestre, *Conférence au Banquet de l'Office général du bâtiment et des T.P.* (18 mars 1935).

Si donc, la règle de l'adjudication a été méconnue, et qu'un marché de gré à gré ait été passé dans un cas où elle était obligatoire, le marché est nul, la nullité pouvant être opposée par tous les intéressés, au premier rang desquels figurent les entrepreneurs évincés. A ces personnes directement intéressées, il convient d'ajouter les contribuables de la commune qui, en cas de contrat communal, peuvent former un recours pour excès de pouvoir contre la délibération du Conseil municipal. En effet, la délibération d'un Conseil municipal autorisant le maire à passer un marché de gré à gré, alors que l'adjudication s'impose, est nulle de droit (loi du 5 avril 1884, art. 63); il appartient aux intéressés d'en faire prononcer la nullité soit, par le préfet, soit, sur son refus, par le Conseil d'Etat. Rappelons que le silence prolongé du préfet pendant quatre mois équivaut à une décision de refus. La nullité peut encore être prononcée par le ministre; et le préfet possède également le droit de ne pas approuver le marché irrégulier, ce qui, pratiquement, conduit au même résultat que l'annulation.

Il peut arriver qu'une commune ait été autorisée par le préfet ou par décret, de façon expresse ou tacite, à passer un marché de gré à gré dans un cas où, en droit, l'adjudication était obligatoire. Un recours reste, néanmoins, ouvert aux intéressés et il aura chance de triompher lorsque la violation de la règle de l'adjudication sera certaine¹.

Le recours contentieux est encore possible lorsqu'une

1. C. d'Etat, 23 nov. 1934, *Syndicat des contribuables d'Aix-en-Provence*, D. 1935.3.10.

commune, après avoir invité les soumissionnaires à présenter deux catégories de propositions, s'est réservée d'opter entre ces deux catégories. Dans l'espèce¹, il s'agissait de la construction d'une école primaire supérieure, les travaux avaient été répartis en cinq lots et les candidats appelés à présenter des propositions par lot et des propositions par groupe de lots ; la commune restait libre de choisir, selon les résultats obtenus, entre ces deux séries de propositions. Le Conseil d'Etat a admis le recours d'un concurrent évincé, estimant que l'adjudication avait eu lieu dans des conditions irrégulières ; il déclare : « qu'il ressort des pièces versées au dossier que la commune a entendu procéder ainsi en réalité à l'adjudication suivant deux modes différents, tout en réservant, ainsi d'ailleurs que l'indiquait expressément l'affiche, d'opter ultérieurement entre eux au vu des résultats obtenus et en tenant compte de toutes les circonstances de nature à lui faire regarder l'un ou l'autre système comme le plus avantageux ; que cette manière d'agir, qui impliquait la possibilité d'un choix pour la commune, était en contradiction avec les principes généraux qui régissent les adjudications ; que, dès lors, les requérants sont fondés à soutenir que celle qui a eu lieu (.....) est intervenue dans des conditions irrégulières et à demander l'annulation pour excès de pouvoir de la décision par laquelle le préfet en a approuvé le procès-verbal ».

1. C. d'Etat, 11 mars 1932, *Société des entreprises Bâtissol et autre*, Rec., p. 308.

§ 2. *Recours en indemnité.* — Une autre sanction à la règle de l'adjudication est le recours en indemnité appartenant aux concurrents évincés¹.

§ 3. *Autres conséquences pour l'administration du défaut d'adjudication.* — Le fait de ne pas recourir à l'adjudication, alors qu'elle était obligatoire, et l'annulation du marché irrégulier qui peut s'ensuivre n'a pas pour effet de décharger l'administration de toute obligation envers son cocontractant. Si celui-ci a exécuté en tout ou partie les travaux qui faisaient l'objet du marché, il a droit à être rémunéré ; l'administration ne saurait invoquer la nullité du contrat passé pour lui refuser son paiement. Il faut préciser, toutefois, qu'il s'agit, en cette matière, de cas d'espèces : le Conseil d'Etat, quand il est saisi, tient compte « des circonstances de l'affaire »², il recherche si les travaux exécutés ont profité à la commune. Enfin, il est loisible à cette dernière, si « elle s'y croit fondée, d'exercer contre le maire tel recours que de droit à raison du préjudice que les irrégularités auraient pu lui causer »³.

1. V. *infra*, p.

2. C. d'Etat, 14 janv. 1881, *Sénard, Rec.*, p. 69.

3. C. d'Etat, 9 déc. 1892, *Commune de Brantes, Rec.*, p. 887 ; dans le même sens, s'agissant de travaux ordonnés par une fabrique : 6 déc. 1907, *Fabrique de l'Eglise de Bastelica, Rec.*, p. 912.

CHAPITRE II

LES DIVERSES FORMES DE L'ADJUDICATION PUBLIQUE ET DU MARCHÉ DE GRÉ A GRÉ

§ 1. *Adjudication simple.* — L'adjudication simple ou ordinaire est la forme la plus courante ; on l'emploie pour les travaux ou fournitures pouvant être livrés, sans inconvénients, à une concurrence illimitée. Les conditions générales de capacité sont seules exigées des candidats, aucun titre spécial n'est requis. En principe donc, tous les entrepreneurs sont admis à soumissionner ; seul, le bureau d'adjudication pourrait les écarter, le jour de l'adjudication, s'ils ne présentaient pas, au moins, les conditions ordinaires de capacité, honorabilité, solvabilité, etc...

§ 2. *Adjudication restreinte.* — L'adjudication restreinte est une des formes de l'adjudication publique dans laquelle l'appel à la concurrence est limité : seuls les candidats possédant certains titres spéciaux, ou certains moyens particuliers de production, et reconnus aptes à exécuter le travail mis en adjudication,

sont admis, par l'administration, à y prendre part¹. Les instructions ministérielles énumèrent les titres exigés.

L'adjudication restreinte se distingue du marché sur concours, que nous examinons plus loin, elle est même « le moyen de (le) remplacer dans le cas où cette modalité serait susceptible d'être condamnée par le Conseil d'Etat et, en même temps, quand il est nécessaire d'obtenir des garanties spéciales de la part des entrepreneurs »². Des règles très complètes, sur ces garanties spéciales et autres références à fournir par les candidats à l'adjudication, sont formulées, pour les marchés de travaux des Ponts-et-Chaussées, par le cahier des clauses et conditions générales, article 3, *Déclaration et références* : « Les références consistent en une note émanant du candidat et indiquant le lieu, la date, la nature et l'importance des travaux qu'il a exécutés, ou à l'exécution desquels il a concouru, l'emploi qu'il occupait dans chacune des entreprises auxquelles il a collaboré, ainsi que les noms, qualités et domiciles des hommes de l'art sous la direction desquels les travaux ont été exécutés. Les certificats délivrés par ces hommes de l'art peuvent être joints à la note »³. On trouve des prescriptions semblables

1. Décret du 18 nov. 1882, art. 3 : « Les adjudications publiques relatives à des fournitures, travaux, transports, exploitations ou fabrications qui ne peuvent être, sans inconvénient, livrées à une concurrence illimitée sont soumises à des restrictions permettant de n'admettre que les soumissions qui émanent de personnes reconnues capables par l'administration au vu des titres exigés par le cahier des charges et préalablement à l'ouverture des plis renfermant les soumissions » ; mêmes prescriptions pour les marchés des communes, dans l'Ordonnance du 14 nov. 1837, art. 3.

2. Réponse du ministre de l'Intérieur au député-maire de Boulogne-sur-Seine, au *J. Off.*, du 29 mai 1935.

3. Le C.C.G. des Ponts actuellement en vigueur est celui du 29 déc. 1910, modifié par la circulaire du 2 juill. 1913 et par les arrêtés ministériels des 15 oct. 1923, 20 mai 1927 et 29 sept. 1931.

pour les marchés de travaux des autres départements ministériels¹.

L'administration a donc recours à l'adjudication restreinte toutes les fois qu'il s'agit de travaux délicats et exigeant des compétences spéciales de la part des entrepreneurs : c'est ainsi qu'elle y a recours pour les travaux de restauration des *Monuments historiques*, en raison des soins particuliers qu'exigent ces édifices².

« Les adjudications restreintes ne se différencient des adjudications ordinaires que par le mode d'admission des entrepreneurs (.....). Dans les adjudications restreintes, tous les entrepreneurs sont bien admis à poser leur candidature ; mais ils doivent déposer à la mairie, plusieurs jours avant l'adjudication, un certain nombre de pièces exigées par les cahiers des charges... »³. Le choix des candidats a lieu préalablement à l'ouverture des soumissions ; il est effectué par le Conseil municipal ou encore par une commission spéciale désignée à cet effet. La constitution de ces commissions n'est pas réglementée, elles peuvent comprendre des techniciens pris en dehors du Conseil municipal ; en cas de difficultés quant à leur composition ou au choix de leurs membres, il appartient au préfet et au ministre de l'Intérieur de prendre une décision.

La commission spéciale examine les pièces déposées par les entrepreneurs et arrête la liste de ceux qui seront admis à prendre part à l'adjudication ; elle statue souverainement, les candidats non admis n'ont

1. Pour les travaux du département de la Guerre : Instr., 1921, art. 25.

2. C. d'Etat, 16 fév. 1870, *Mangane, Rec.*, p. 108.

3. G. Monsarrat, note sous C. d'Etat, 23 nov. 1934, *Syndicat des contribuables d'Aix-en-Provence*, D., 1935.3.10.

aucun recours contre ses décisions, sauf le cas de détournement de pouvoir : les seuls motifs sur lesquels l'élimination des intéressés puisse être fondée étant l'incapacité, le défaut de moralité ou de solvabilité. Cela s'explique, puisque les opérations propres de l'adjudication et notamment l'ouverture des soumissions ne commencent qu'après l'accomplissement des travaux de la commission.

Ces commissions ont, généralement, des pouvoirs très étendus, comme, par exemple, en cas de division de l'entreprise en plusieurs lots, celui de proposer d'admettre un concurrent pour tel lot déterminé et de l'écarter pour les autres, et ce, malgré les prescriptions du cahier des charges¹.

Toutes les autres règles des adjudications publiques simples, y compris celles concernant l'affichage, la publicité, la proclamation de l'adjudicataire sont applicables aux adjudications restreintes ; il n'y a donc de différence qu'en ce qui concerne l'admission des concurrents : l'adjudication restreinte n'est donc bien qu'une variété d'adjudication publique ; c'est ainsi, du reste, que la qualifie l'article 3 de l'ordonnance de 1837.

L'adjudication restreinte ne doit pas être employée à tort, l'administration et les contribuables auraient, le cas échéant, un recours au Conseil d'Etat. Par exemple, les travaux de construction de bâtiments scolaires doivent être ordonnés par voie d'adjudication publique ordinaire ; l'emploi de l'adjudication

1. C. d'Etat, 24 janv. 1919, *Société Française des Asphaltes*, *Rec.*, p. 89.

restreinte serait certainement condamné par le Conseil d'Etat.

Les adjudications restreintes sont, parfois, subdivisées en *adjudications au rabais* et en *adjudications sur offres de prix* ; dans les premières les mises à prix sont établies par l'administration et les entrepreneurs doivent indiquer le montant du rabais qu'ils consentent ; dans les secondes, les prix sont laissés en blanc dans le bordereau et le détail estimatif, et les concurrents doivent établir eux-mêmes les prix qu'ils désirent toucher.

§ 3. *Adjudication sur concours d'échantillons et de prix.* — Dans les adjudications sur concours d'échantillons et de prix, il est tenu compte pour l'établissement de la liste des candidats à admettre et pour la désignation de l'adjudicataire, non seulement des prix offerts, comme dans les adjudications simples ou restreintes, mais encore de la qualité des échantillons présentés. Toutefois, dans ces trois formes d'adjudication publique, le prix limite est fixé, sauf dans des cas particuliers, abstraction faite de la qualité.

Cette dernière forme d'adjudication publique est employée pour la passation de marchés de fournitures ; il ne faut pas la confondre avec le marché sur concours qui n'est autre qu'un marché de gré à gré précédé d'un appel à la concurrence, et dont nous parlerons plus loin.

§ 4. *Le marché de gré à gré.* — Le marché de gré à gré s'oppose au marché sur adjudication, en ce que le cocontractant est choisi librement par l'administra-

tion et non désigné automatiquement, peut-on dire, par le mécanisme de l'adjudication publique.

Dans le marché de gré à gré ordinaire, il n'y a ni publicité, ni appel à la concurrence ; le marché a lieu : « 1^o soit par un engagement souscrit à la suite du cahier des charges ; 2^o soit sur une soumission souscrite par celui qui propose de traiter ; 3^o soit sur correspondance suivant les usages du commerce » (décret de 1882, art. 19).

Le marché est donc passé avec un entrepreneur librement choisi par l'administration ; il doit être agréé par l'autorité supérieure dans les cas où cette autorité est appelée, en vertu des textes fondamentaux, à donner son approbation (pour les marchés des communes : loi du 5 avril 1884, art. 68-3^o, 69 § 1^{er}, 114 et 115).

§ 5. *Le marché sur concours.* — C'est une variété de marché de gré à gré dans laquelle l'administration fait appel à la concurrence ou bien ouvre un concours sur un programme qu'elle dresse elle-même ; parfois, aussi, elle se borne à donner des directives générales, laissant aux concurrents le soin de préciser et de compléter le projet envisagé. Mais, elle conserve, en définitive, le droit de choisir son cocontractant.

« Ce n'est pas tout à fait le libre choix, mais ce n'est pas, du tout, une adjudication publique. La mise au concours suppose une série de concurrents venant présenter leurs projets ; l'administration choisit entre ces projets ; mais, d'après quelles directions, quels principes ? Personne n'en sait rien. C'est un choix. C'est, dit le Conseil d'Etat, une variété de

marché de gré à gré, qui ne peut absolument pas être assimilée à une adjudication publique »¹.

En conséquence, le marché sur concours n'est possible que dans les cas où le marché de gré à gré est lui-même permis ; on ne peut l'employer quand l'adjudication est légalement obligatoire. Si une municipalité mettait au concours la construction d'un ouvrage public — un hôtel de ville, comme ce fut le cas dans un arrêt récent du Conseil d'Etat² — ne rentrant pas dans les catégories exceptionnelles pour lesquelles le marché de gré à gré est autorisé, un contribuable quelconque serait fondé à attaquer la délibération du Conseil municipal et, au besoin, l'approbation, expresse ou tacite, du préfet. En cas de condamnation par le Conseil d'Etat, on pourrait envisager les conséquences pratiques suivantes : « 1^o une responsabilité personnelle, assez douteuse, des agents municipaux qui ont participé aux actes illégaux ; 2^o une responsabilité de la commune pour « faute de service » envers les entrepreneurs qui avaient participé au concours et qui ont été irrégulièrement évincés »³. A part le recours des contribuables au Conseil d'Etat, on peut concevoir une intervention des groupements professionnels intéressés auprès des supérieurs hiérarchiques de l'administrateur local.

Dans l'espèce en question, maire, préfet, ministre soutenaient que l'hôtel de ville était une « œuvre d'art » ; c'est, en effet, pour les ouvrages et objets d'art et de précision, ne pouvant être confiés qu'à des

1. A. Mestre, Conférence du 18 mars 1935, déjà citée.

2. C. d'Etat, 13 mars 1935, *Foucher et autres*, *Rec.*, p. 323.

3. A. Mestre, même conférence.

artistes ou industriels éprouvés, que l'on a recours le plus souvent au marché sur concours.

Le concours porte sur la valeur des projets, les conditions de réalisation et les prix demandés. Parfois, une commission d'admissibilité arrête la liste des personnes admises à concourir. Cette commission est seule compétente pour apprécier le mérite des divers projets qui lui sont soumis : son appréciation est souveraine et n'est susceptible d'aucun recours contentieux¹. Toutefois, elle ne doit commettre ni irrégularité de forme, ni détournement de pouvoir ; il suffirait alors d'établir les irrégularités ou le détournement de pouvoir pour faire annuler ses décisions ; il semble même, d'après la jurisprudence du Conseil d'Etat, qu'un simple commencement de preuve suffirait.

Après le dépôt des projets, l'administration choisit librement son cocontractant : les candidats dont les projets ne sont pas retenus ne peuvent exercer aucun recours, ni réclamer aucune indemnité ; leurs projets leur sont rendus. L'administration n'est pas tenue de donner la préférence au candidat faisant les meilleures conditions de prix, elle peut retenir un projet plus onéreux, mais dont l'auteur paraît offrir de meilleures garanties ; il faut, toutefois, que les conditions écono-

1. C. d'Etat, 29 oct. 1914, *Leclainche, Rec.*, p. 1025 : « Cons. qu'en se refusant à inscrire le sieur L., sur la liste des entrepreneurs admis, sous réserve de l'approbation du ministre, à prendre part aux concours pour la construction d'une forme ouverte (dans un port), la Commission d'admissibilité, dont la composition était d'ailleurs conforme aux dispositions de la circulaire du 21 fév. 1912, et d'après elle, le préfet maritime qui avait reçu délégation spéciale du ministre à cet effet, n'ont fait qu'user des pouvoirs d'appréciation qui leur sont attribués par le cahier des C.G.G. du 21 fév. 1912 ». — 8 août 1919, *Combe, Rec.*, p. 763

miques restent acceptables, ce dernier point devant être mentionné au procès-verbal¹. De même, mention doit être faite, lorsqu'un seul candidat a pris part au concours.

Remarquons, en ce qui concerne les sociétés d'ouvriers, que le décret du 4 juin 1888, article 5, disposant : qu'à égalité de rabais entre une soumission d'entrepreneur et celle de société d'ouvriers, cette dernière doit être préférée — ne s'applique pas au cas où le marché est passé de gré à gré².

L'auteur du projet classé premier a droit à l'attribution du travail, lorsque le règlement du concours prévoit que l'auteur du projet classé premier sera obligatoirement chargé de son exécution ; et, un recours lui serait ouvert en cas d'attribution du travail à un concurrent. Toutefois, l'autorité qualifiée pourrait procéder à un déclassement, mais celui-ci devrait être justifié par des raisons sérieuses et décidé par le jury régulièrement composé³.

1. C. d'Etat, 12 nov. 1915, *Roux, Rec.*, p. 314.

2. C. d'Etat, 23 mars 1917, *Association coopérative des paveurs de la Rochelle, Rec.*, p. 292.

3. C. d'Etat, 16 mars 1932, *Ville de Gérardmer, Rec.*, p. 317 : « Cons. que la ville de Gérardmer a ouvert (.....), un concours entre les architectes français, en vue de l'établissement d'un projet de monument aux morts ; que le règlement du concours prévoyait notamment que l'auteur du projet classé premier serait obligatoirement chargé de son exécution.

« Cons. que le projet présenté par les sieurs M., a été classé premier par le jury ; que si son déclassement a été prononcé par une décision du (.....), il est constant que *ladite décision n'a pas été prise par le jury régulièrement composé*, mais par le maire qui s'est borné à recueillir l'approbation de certains membres du jury ; que, d'autre part, *les critiques opposées au projet par la ville n'étaient pas de nature*, en présence des termes restrictifs du règlement intérieur, à justifier un déclassement par l'autorité qualifiée ; que c'est, dès lors, à bon droit, que le Conseil de préfecture a estimé que la décision (prononçant le déclassement) devait être tenue pour nulle et non avenue ; (...), mais cons. que les sieurs M., et autres ont droit, si la ville ne les charge pas de l'exécution de leur projet, à être indemnisés intégralement du préjudice résultant pour eux de l'inapplication des conditions du concours... »

Quant au concours proprement dit, il peut être l'occasion de quelques recours : notamment, en cas de modification tardive des conditions, les concurrents qui ont exposé des dépenses pour l'établissement d'un projet conforme aux conditions originaires prévues et subi un préjudice, du fait de la modification, ont droit à réparation. Bien entendu, pour que la responsabilité de l'administration soit engagée, il faut que la modification des conditions ait eu lieu « en l'absence de toute circonstance de force majeure », à une date très rapprochée de la clôture du concours et, enfin, qu'elle ait porté sur des points essentiels ; en d'autres termes, il est nécessaire pour engager l'administration, d'établir une faute à sa charge ¹.

En cas de dérogations importantes au programme d'un concours, il est permis aux intéressés, à condition d'en faire la preuve, de contester la régularité du concours ; alors même qu'une clause du concours stipulerait « que la décision du ministre sera définitive et sans appel » ².

§ 6. *Autres variétés de marchés de gré à gré.* — D'autres types de marchés de gré à gré, différant quelque peu de ceux que nous venons de voir, et non prévus par les textes législatifs ou réglementaires, ont été créés par les administrations publiques.

C'est ainsi que le cahier des clauses et conditions générales de la marine prévoit des marchés de gré à gré avec appel à la concurrence entre entrepreneurs choisis par l'administration ; un délai est fixé pour

1. C. d'Etat, 24 déc. 1931, *Rimbert, Rec.*, p. 1171.

2. C. d'Etat, 8 nov. 1935, *Ebrard, Rec.*, p. 1030.

l'approbation et la notification, pendant lequel les entrepreneurs ayant fait des offres sont engagés ; au contraire, l'administration n'assume aucun engagement.

Une autre variété est celle des marchés dits « marchés mixtes avec publicité », dans lesquels l'administration fait la même publicité que pour les adjudications ordinaires, mais se réserve de choisir l'adjudicataire sans tenir compte des rabais consentis¹.

1. Cf. Jèze, *Théorie générale des contrats de l'administration*, *Rev. du droit public*, 1930, p. 274 ; et Monsarrat, note au D. 1935.3.10 et suiv.

CHAPITRE III

LE MÉCANISME DE L'ADJUDICATION PUBLIQUE

Dans ce chapitre nous examinerons les diverses opérations de l'adjudication publique, en nous attachant principalement, selon le but de ce travail, aux questions ayant donné lieu ou susceptibles de donner lieu à des recours contentieux ; ce qui explique que nous passerons rapidement sur les formalités administratives dont le détail se trouve, au demeurant, sur toutes les affiches d'adjudication et dans les cahiers des charges. Nous grouperons nos explications autour de trois idées principales : I. Les idées dominantes : publicité, concurrence, égalité ; II. Les actes préparatoires de l'adjudication ; III. L'adjudication proprement dite : la proclamation de l'adjudicataire. Les clauses de surenchère et la réadjudication.

I

LES IDÉES DOMINANTES : PUBLICITÉ, CONCURRENCE, ÉGALITÉ

§ 1. *Publicité.* — Le décret de 1882, article 2 et l'ordonnance de 1837, article 1^{er} font de la publicité, une des conditions essentielles de la validité de l'adju-

dication. Elle est réalisée au moyen d'affiches et d'annonces dans les journaux, par la communication aux candidats des pièces du marché, enfin, par la publicité des enchères au cours de la séance d'adjudication.

La durée de la publicité, fixée par les textes précités de 20 jours à un mois, est également une condition essentielle de la validité de l'adjudication ; son inobservation, en dehors de toute urgence, entraînerait l'annulation de l'adjudication ¹. Les dispositions particulières d'un cahier des charges ne sauraient faire échec à ces prescriptions.

Il peut arriver qu'une adjudication ne donne pas de résultat en raison de l'abstention de tous les soumissionnaires ; si l'administration décide alors de procéder à une nouvelle adjudication en modifiant, sur des points importants, les conditions du cahier des charges, elle devra se livrer à une nouvelle publicité en observant les délais légaux et ne pas remettre les travaux en adjudication le même jour ².

1. C. d'Etat, 7 avril 1922, *Imprimerie commerciale et administrative, Rec.*, p. 349 : « Cons. que l'ordonnance du 14 nov. 1837 dispose dans l'art. 1^{er} : « Toutes les entreprises pour travaux et fournitures au nom des communes et des établissements de bienfaisance seront données avec concurrence et publicité », et dans l'art. 6 : « L'avis des adjudications à passer sera publié, sauf les cas d'urgence, un mois à l'avance, par la voie des affiches et par tous les moyens ordinaires de publicité » ; que la durée de la publicité est une condition essentielle de la validité de l'adjudication.

« Cons. qu'il est établi par l'instruction que l'adjudication des travaux d'impression nécessaires à la ville de B., a été annoncée par des affiches apposées et par un avis inséré dans un journal local, moins d'un mois avant l'adjudication, sans qu'aucune urgence ait été invoquée pour justifier la durée du délai légal, qu'ainsi la Société est fondée à prétendre que c'est à tort que le préfet a refusé d'annuler l'approbation dont il a revêtu le procès-verbal d'adjudication à laquelle il a été procédé ... ».

2. C. d'Etat, 10 janv. 1930, *Le Cordenner et Pelton, Rec.*, p. 44 : « Cons. qu'en admettant que les mesures de publicité aient été en elles-mêmes régulières, elles ne peuvent être considérées comme effi-

Les collectivités locales doivent se garder de la tentation de ne procéder qu'à une publicité fictive, notamment par l'insertion de l'avis d'adjudication dans des journaux non lus par les entrepreneurs ; il appartiendrait à ces derniers, le cas échéant, de dénoncer à l'administration supérieure les irrégularités commises, et de lui demander de ne pas donner son approbation à l'adjudication intervenue à la suite.

§ 2. *Concurrence.* — La liberté de la concurrence, comme la publicité, a pour but d'appeler à l'adjudication le plus grand nombre possible de candidats. Toutefois, la concurrence ne doit pas être illimitée : « il ne faut admettre à faire des offres que les personnes jouissant d'une pleine capacité juridique, les sociétés valablement constituées, honorables, solvables, capables d'exécuter le contrat »¹.

Sont écartés : les mineurs, sauf si étant émancipés, ils sont âgés de 18 ans accomplis et ont reçu l'autorisation de faire le commerce (le service du génie les déclare inadmissibles dans tous les cas), les femmes mariées (les filles majeures et les veuves peuvent concourir, sauf pour le service du génie), les interdits, les personnes pourvues d'un conseil judiciaire, les septuagénaires pour les travaux du département de la Guerre, etc...

caces à l'égard d'une adjudication qui n'a eu lieu qu'après qu'une charge importante de l'entreprise eut été supprimée, et plus de 18 mois, au surplus, après l'appel d'offres primitif ; que, dans ces circonstances, les requérants sont fondés à se plaindre des irrégularités commises » ; — 18 mars 1931, *Mayor Pedro et Société Eau et Assainissement, Rec.*, p. 312.

1. Jèze, *Les contrats*, 1932, p. 94 et suiv.

Entrepreneurs étrangers. — Parfois, pour certains travaux, la nationalité française est exigée des candidats : c'est une première atteinte au principe de la libre concurrence. Bien qu'aucune loi n'enlève, d'une manière générale, aux étrangers le droit de soumissionner aux adjudications publiques, « les collectivités locales (départements, communes, associations syndicales de propriétaires) ont la faculté d'insérer dans leurs cahiers des charges une clause prévoyant ou bien l'exclusion des entrepreneurs étrangers, ou bien l'octroi aux entrepreneurs d'origine française du bénéfice d'un pourcentage de protection déterminé »¹. Lorsqu'une telle clause ne figure pas dans un cahier des charges, les entrepreneurs français viennent en concurrence avec les entrepreneurs étrangers et, dans les mêmes conditions ; de telle sorte, qu'à égalité de rabais consenti par un entrepreneur étranger et un entrepreneur d'origine française, ce dernier, même s'il est artisan, ne sera pas préféré à son confrère étranger : il y aura lieu — si le prix était le plus bas de ceux offerts par les différents soumissionnaires et se trouvait, en outre, dans les limites fixées par l'administration — de procéder à une réadjudication ou à un tirage au sort entre ces deux entrepreneurs.

On distingue parfois les entrepreneurs étrangers établis en France et ceux qui ne le sont pas. En ce qui concerne ces derniers, la jurisprudence reconnaît aux collectivités locales le droit de les écarter des adjudications. « Quant à ceux établis sur notre territoire,

1. Lettre du Sous-secrétaire d'Etat à l'Economie Nationale au Président du Syndicat professionnel des entrepreneurs de travaux publics de France, en date du 23 juillet 1934.

leur exclusion des adjudications par une mesure d'ordre général soulève de graves objections, étant donné que ces étrangers bénéficient le plus souvent de traités d'établissement en vertu desquels, ils sont, sous condition de réciprocité, assimilés aux nationaux pour le libre exercice du commerce, des industries, des professions et des métiers et que, d'autre part, ils emploient de la main-d'œuvre française et sont soumis à nos lois fiscales »¹. Ce sont, en définitive, des cas d'espèces, à trancher en tenant compte des traités d'établissement s'il en existe et du régime appliqué à l'égard de nos nationaux dans le pays d'origine du concurrent étranger.

En ce qui concerne la participation des entrepreneurs étrangers aux adjudications de travaux de l'Etat, en principe, aucune restriction n'est admise, sauf pour les travaux intéressant la défense nationale : pour ceux-ci, les entrepreneurs étrangers ne sont admis à soumissionner que s'ils sont munis d'une autorisation spéciale du ministre intéressé (Guerre, Marine, et, dans certains cas, Travaux publics). Aux colonies, cette autorisation est donnée par les généraux commandants, sur délégation du ministre.

Autres conditions limitant la concurrence. — D'autres conditions sont encore exigées des candidats et viennent apporter de nouvelles atteintes à la liberté de la concurrence.

Une certaine honorabilité commerciale est nécessaire pour être admis à soumissionner ; elle se manifeste par

1. Réponse du ministre de l'Intérieur au *J. Off.*, du 16 mai 1934.

l'exclusion des faillis non réhabilités et par l'obligation pour les entrepreneurs en état de liquidation judiciaire de solliciter leur admission, car ils ne sont pas admis de plein droit¹. « Sont aussi écartés les individus qui n'ont pas exécuté correctement le marché qu'ils avaient contracté, lorsque ce marché a été résilié à leurs torts et qu'il intervient une nouvelle adjudication à leurs risques et périls »². L'appréciation de l'honorabilité des concurrents appartient à l'administration qui possède, en cette matière, un pouvoir souverain.

Des garanties pécuniaires, sous forme de cautionnements provisoire et définitif, sont également exigées des soumissionnaires et de l'adjudicataire³; des capacités techniques peuvent être demandées aux candidats, l'administration pouvant, dans les cas où elle y est autorisée, recourir à l'adjudication restreinte, ce qui constitue l'extrême limite des restrictions apportées à la libre concurrence⁴; enfin, d'autres garanties peuvent être prévues par les cahiers des charges⁵.

Toutes ces conditions sont légales et se justifient par le souci d'assurer la bonne exécution des travaux; au contraire, certaines conditions imposées par des

1. Instruction sur les marchés de la guerre, 1921, art. 10, al. 6 et 7, 10 et 11; C.G.G. Marine, art. 25.

2. Instr. guerre, 1921, art. 10 al. 8.

3. V. *infra*, chap. III, II, § 1^{er} et chap. IV, II.

4. V. *supra*, chap. II.

5. Décret de 1882, art. 4 : « Les cahiers des charges déterminent les autres garanties telles que cautions personnelles et solidaires, affectations hypothécaires, dépôts de matières dans les magasins de l'Etat, qui peuvent être demandées à titre exceptionnel aux fournisseurs et entrepreneurs, pour assurer l'exécution de leurs engagements. Ils déterminent l'action que l'administration peut exercer sur ces garanties ».

municipalités désireuses d'échapper à la règle de la concurrence, ont été condamnées : c'est ainsi que l'exigence de la *carte d'électeur* ou du *livret militaire* a été déclarée inopérante par la Cour des Comptes, comme contraire à la libre concurrence puisqu'elle avait pour effet d'évincer les femmes et les non-militaires¹; de même, l'éviction des entrepreneurs n'ayant bureaux, ni usines ou ateliers dans la commune ou le département où avait lieu l'adjudication a été condamnée par la doctrine et la Cour des Comptes.

Un autre procédé illégal, — qui, sans constituer une atteinte directe à la libre concurrence, aboutit, néanmoins, pratiquement, au même résultat, puisqu'il a pour effet d'écarter tous les entrepreneurs sauf un, — consiste à rendre l'adjudication impossible par l'établissement de *prix-limites* inférieurs aux prix courants des entreprises²; de sorte que les entrepreneurs, loin de formuler des rabais, sont contraints de présenter des soumissions en augmentation sur le prix du devis. L'adjudication n'a pas lieu et l'administration procède ensuite à la passation d'un marché de gré à gré avec un entrepreneur de son choix.

Est encore irrégulière, la condition imposée à l'adjudicataire d'avoir à payer à ses ouvriers un salaire minimum. C'est, dit le Conseil d'Etat : « substituer une réglementation imposée à l'effet légal des conventions entre patrons et ouvriers et faire obstacle à l'application de l'ordonnance de 1837 qui oblige les

1. Cour des Comptes, 23 janv. 1812, *Villejuif* (non publié).

2. Par *prix-limite*, on entend le prix au-dessus duquel l'administration a décidé de ne pas traiter pour un marché déterminé; en principe, des prix-limites sont établis pour toute adjudication, ils doivent rester ignorés des candidats.

communes à donner les entreprises pour travaux et fournitures avec concurrence et publicité »¹.

Enfin, d'autres conventions sont encore susceptibles de porter atteinte au principe de la libre concurrence et comme telles condamnables : ainsi en est-il d'une convention par laquelle un entrepreneur s'engage envers une collectivité locale, sous la condition expresse qu'elle lui confie l'exécution d'un ensemble de travaux, à prêter à cette collectivité les capitaux nécessaires pour faire face aux dépenses entraînées par lesdits travaux, alors que ces travaux, en raison de leur importance, seraient susceptibles d'être divisés en plusieurs lots et ne rentreraient pas dans la catégorie de ceux pour lesquels il peut être traité de gré à gré sans limitation de prix. La convention envisagée est illégale ; il y a donc lieu pour ces travaux de procéder par voie d'adjudication².

Il en est de même de l'insertion dans les cahiers des charges des adjudications publiques d'une clause stipulant que les entrepreneurs soumissionnaires devront s'engager à assurer le financement des travaux faisant l'objet de l'adjudication, et à accepter le remboursement par annuités à un certain taux d'intérêt inférieur au taux qui pourrait être obtenu auprès des grands établissements auxquels s'adressent normalement les collectivités locales pour contracter des emprunts. Cette clause, bien que n'étant pas directement contraire aux prescriptions de l'ordonnance de 1837, de la loi de 1884 et du décret de 1882, aurait,

1. C. d'Etat, 25 janv. 1895, *Ville de Paris, Rec.*, p. 86.

2. Avis de la Section de l'Intérieur, de l'Instruction publique et des Beaux Arts du C. d'Etat du 5 déc. 1933.

néanmoins, pour effet de restreindre la concurrence et de favoriser un nombre restreint de gros entrepreneurs ; par suite, elle ne saurait être admise qu'en raison de circonstances exceptionnelles. Il pourrait, d'ailleurs, être substitué, au système du prêt consenti à la collectivité locale par l'entrepreneur, une clause *d'échelonnement des paiements*, sous réserve que cet échelonnement ne s'étende pas sur une trop longue durée et qu'il n'ait pas pour résultat de fausser la concurrence ¹.

En résumé, les clauses financières des cahiers des charges des adjudications publiques sont légales lorsqu'elles apparaissent honnêtes, normales et ne portant pas atteinte à la libre concurrence ; dans le cas contraire, elles sont condamnables.

§ 3. *Egalité*. — L'égalité entre les concurrents implique que les conditions seront les mêmes pour tous et que c'est le soumissionnaire le moins-disant qui devra être proclamé adjudicataire.

De cette idée générale nous pouvons tirer les conséquences pratiques suivantes : tous les concurrents ont droit à des certificats de capacité, l'administration ne pouvant les délivrer à certains et les refuser à d'autres ; tous doivent déposer un cautionnement, à moins de décision contraire de l'administration : la dispense devant, dans ce cas, être générale ; toutefois, exception est faite en faveur des sociétés d'ouvriers qui sont dispensées de fournir un cautionnement lorsque les travaux ne dépassent pas une certaine somme ².

1. Avis du C. d'Etat du 5 déc. 1933.

2. V. *infra*, p. 76.

Les soumissionnaires privilégiés. Par exception à la règle de l'égalité, certains soumissionnaires bénéficient d'un traitement de faveur : ce sont les *sociétés d'ouvriers français* et les *coopératives d'artisans*.

Les sociétés d'ouvriers français, encore appelées « Associations d'ouvriers français » et « sociétés françaises d'ouvriers », sont régies, en ce qui concerne les marchés de ces groupements avec l'Etat, par le décret du 1^{er} octobre 1931 remplaçant celui du 4 juin 1888 ; pour les marchés passés avec les communes et les établissements de bienfaisance et d'assistance par la loi du 18 août 1926 ; et, enfin, pour les marchés passés avec les départements on applique, à défaut de textes législatifs ou réglementaires particuliers, le décret de 1931, comme on appliquait autrefois celui de 1888 ¹.

Sous l'empire du décret de 1888, le Conseil d'Etat décidait que seules les sociétés composées exclusivement d'ouvriers français avaient le droit de bénéficier des avantages indiqués ci-après ; aujourd'hui, il suffit que les trois-quarts de l'effectif professionnel des sociétaires soit de nationalité française.

Ces sociétés sont tenues de fournir au bureau d'adjudication certaines pièces établissant leur qualité (liste nominative des membres, acte de société etc...) et leur capacité ².

Elles jouissent d'avantages importants : dispense de cautionnement, dans certains cas, ainsi que nous le verrons plus loin ; et, surtout, préférence qui leur est

1. Cf. Avis du C. d'Etat du 27 juin 1889, S., *L. ann.*, 1890, p. 771, décidant que le décret du 4 juin 1888 : *Sociétés d'ouvriers. Adjudications de l'Etat*, est également applicable aux marchés passés au nom des départements.

2. Décret du 1^{er} oct. 1931, art. 4 ; loi du 18 août 1926, art. 3.

accordée, en cas d'égalité de rabais avec un entrepreneur privé.

Un avantage supplémentaire est accordé aux sociétés coopératives ouvrières de production figurant sur une liste dressée par le ministre du travail ¹ : elles peuvent solliciter l'attribution d'un lot de travaux dans les adjudications et marchés de gré à gré passés au nom de l'Etat et comprenant au moins quatre lots de même nature, ressortissant à une même profession. Elles doivent être de la profession exigée, présenter leur demande dans le délai fixé par le cahier des charges, et s'engager à accepter le prix moyen des différents lots adjugés ou attribués.

« Les lots réservés pour lesquels aucune société coopérative ouvrière de production n'a notifié l'engagement prévu ci-dessus, sont mis en adjudication en même temps que les autres et dans les mêmes conditions. Dans le cas de concours pour un même lot entre plusieurs sociétés coopératives ouvrières de production, il est procédé à l'attribution par voie de tirage au sort. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas aux adjudications restreintes et marchés de gré à gré dans les cas où la liste des soumissionnaires est arrêtée à l'avance à raison de la nécessité de la juste fixation d'une capacité technique spéciale » ².

1. Pour les conditions exigées pour être inscrit sur cette liste, V. arrêté du 3 nov. 1931 (*J. Off.*, du 15 nov.) et arrêté du 12 fév. 1936 : *Participation des sociétés françaises d'ouvriers aux adjudications et marchés passés au nom de l'Etat* (*J. Off.*, du 15 fév. 1936) Art. 1^{er} : « Seules pourront être inscrites sur la liste prévue à l'art. 2, du décret du 1^{er} oct. 1931, les sociétés répondant à la définition des sociétés coopératives ouvrières de production donnée par le titre II du Livre III du Code du travail, qui compteront à la date de leur demande 6 mois au moins de fonctionnement effectif et dont les trois-quarts des sociétaires professionnels seront de nationalité française ».

2. Décret de 1931, art. 2, au *J. Off.*, du 4 oct. 1931, p. 10.695.

Ces dispositions ont été déclarées, par le Conseil d'Etat, non contraires au principe de la liberté du commerce et de l'industrie¹.

La pratique habituellement suivie consistait à réserver des lots de travaux et à les concéder à des sociétés ouvrières, au *rabais moyen* des lots de même nature adjugés à la libre concurrence ; il doit s'agir, bien entendu, de travaux susceptibles d'être partagés par lots (travaux d'entretien, ravalement décennal des façades des immeubles départementaux et communaux) et aussi, de lots présentant tous, à peu près, les mêmes caractères afin de rendre possible l'établissement du prix moyen.

En ce qui concerne toujours les avantages accordés aux sociétés ouvrières, il faut noter qu'une procédure spéciale a été adoptée pour l'adjudication des travaux de l'*Exposition Internationale* qui se tient actuellement à Paris : on a distingué les constructions définitives et les constructions provisoires ; aux adjudications des premières toutes les associations ouvrières, agréées par le ministre du Travail et reconnues aptes à exécuter les travaux, ont été admises ; pour les secondes,

1. C. d'Etat, 23 mars 1934, *Chambre syndicale des fabricants d'équipements militaires*, *Rec.*, p. 435. A propos de cette affaire, l'Assemblée du C. d'Etat a déclaré : « En décidant que dans les adjudications et marchés de gré à gré passés au nom de l'Etat et comprenant au moins quatre lots de même nature ressortissant à une même profession, des lots seraient réservés, dans la proportion d'un sur quatre, pour être attribués, sous certaines conditions, aux sociétés coopératives de production de la profession, le gouvernement ne fait qu'user de son pouvoir. » En effet, il résulte des termes de l'art. 12 de la loi de finances du 31 janv. 1933, que le pouvoir exécutif est investi par le législateur du droit de fixer les modalités des adjudications et marchés de gré à gré intéressant les services d'Etat.

« Doit, en conséquence, être rejetée la requête en annulation d'une Chambre syndicale qui, sans produire aucune allégation de détournement de pouvoir, soutient que la décision précitée violerait le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ».

une masse importante de constructions a été réservée aux associations ouvrières qui, par ailleurs, devaient constituer des consortiums par groupement d'un certain nombre de sociétés ouvrières spécialisées.

Toutes les prescriptions touchant les sociétés ouvrières que nous venons de voir, ne s'appliquent qu'autant qu'il y a adjudication publique ; si l'administration passe un marché de gré à gré, elle n'est plus tenue de donner la préférence aux sociétés d'ouvriers¹.

Les artisans. — La loi du 16 janvier 1935 prescrit dans son article 1^{er} de réserver certains travaux, à égalité de prix, jusqu'à concurrence du quart de leur montant, et pour les travaux d'art, jusqu'à concurrence de la moitié, à des artisans à titre individuel ou à des sociétés coopératives artisanales. Ces dernières doivent passer avec leurs membres des sous-traités et constituer une caisse de garantie-caution destinée à couvrir les risques de malfaçon (art. 2 de la loi précitée). A dire vrai, la participation des artisans aux travaux de l'administration des Ponts et Chaussées est très réduite, car il s'agit presque toujours de travaux importants pour l'exécution desquels les artisans ne possèdent ni l'outillage, ni les moyens financiers nécessaires.

§ 4. *Sanctions.* — Les règles que nous venons d'examiner ont une telle importance qu'elles constituent des règles d'ordre public ; elles sont édictées dans le double but de protéger l'intérêt des finances publiques, en appelant aux adjudications le plus grand nombre possible de concurrents, et de permettre la libre

1. C. d'Etat, 23 mars 1917, *Association coopérative des paveurs de la Rochelle*, Rec., p. 292.

admission de tous les entrepreneurs présentant les conditions requises.

Administration et entrepreneurs sont donc intéressés à leur application intégrale et régulière ; aussi, en cas d'atteinte illégale aux principes de la publicité, de la libre concurrence ou de l'égalité, appartient-il au préfet de se refuser à donner son approbation à l'adjudication¹. S'il se dérobaît à son devoir, il resterait aux soumissionnaires évincés la possibilité de demander au Conseil d'Etat, l'annulation pour excès de pouvoir de l'adjudication irrégulière, en attaquant non pas le contrat intervenu à la suite, mais les actes administratifs qui l'ont précédé : c'est une application de la théorie des actes administratifs détachables d'une opération complexe. « Le principe de cette jurisprudence est, au fond, très simple. Il consiste à distinguer : d'une part, l'opération administrative proprement dite, dont le prototype est le contrat ; d'autre part, les actes administratifs qui ont décidé, autorisé, approuvé ou exécuté cette opération. Seuls, ces derniers actes peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir »².

1. C. d'Etat, 9 fév. 1912, *Mauguin, Rec.*, p. 179 : « Cons. qu'il résulte de l'instruction, que l'affiche annonçant l'adjudication dont il s'agit n'appelait à soumissionner que les seuls imprimeurs-libraires du département d'Oran et limitait ainsi la libre concurrence (.....) ; que, dès lors, l'adjudication à laquelle il a été procédé le (.....), était entachée d'irrégularité, et, que, par suite, le sieur M. n'est pas fondé à soutenir que le préfet en refusant d'approuver le procès-verbal de ladite adjudication a excédé ses pouvoirs... ».

2. Raphaël Alibert, *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, p. 162.

II

LES ACTES PRÉPARATOIRES DE L'ADJUDICATION

Par *actes préparatoires de l'adjudication*, il faut entendre l'ensemble des opérations qui se déroulent depuis l'annonce de l'adjudication jusqu'à la proclamation de l'adjudicataire, laquelle constitue le dernier acte de la procédure et qui est appelée, pour cette raison, *l'adjudication proprement dite*.

Sous cette rubrique, nous étudierons : I. les formalités que doivent remplir les soumissionnaires pour être admis à l'adjudication ; II. la composition, le rôle et les pouvoirs de la commission d'adjudication ; III. les soumissions ; IV. enfin, quelques formalités secondaires. Nous y joindrons, V. l'exclusion des adjudications.

§ 1. *Les formalités à accomplir pour être admis aux adjudications.* — Les candidats à l'adjudication doivent produire une déclaration indiquant leur intention de soumissionner et y joindre des références et un acte régulier de cautionnement.

Déclaration et références. — La déclaration doit contenir certaines indications sur le candidat, ce qui a pour but de permettre à l'administration de prendre des renseignements sur sa capacité, son honorabilité, et d'écarter les concurrents ne présentant pas des garanties suffisantes¹. Elle doit être présentée au visa de l'ingénieur en chef des Ponts et Chaussées².

1. V. pour le détail des renseignements à fournir C.C.G. Ponts, art. 3.

2. V. *infra*, p. 72.

La production de références, ainsi que le versement d'un cautionnement provisoire forment deux catégories de garanties dont l'administration s'entoure avant d'autoriser les candidats à soumissionner.

« Les références consistent en une note émanant du candidat et indiquant le lieu, la date, la nature et l'importance des travaux qu'il a exécutés ou à l'exécution desquels il a concouru, l'emploi qu'il occupait dans chacune des entreprises auxquelles il a collaboré, ainsi que les noms, qualités et domiciles des hommes de l'art sous la direction desquels les travaux ont été exécutés »¹.

Elles ont pour but d'établir la capacité technique des entrepreneurs ; elles sont fournies directement par les intéressés qui peuvent y joindre des certificats délivrés par les hommes de l'art. La production de ces certificats, autrefois obligatoire, est laissée actuellement à la discrétion des candidats ; il reste, toutefois, intéressant d'examiner la jurisprudence les concernant.

Le *certificat de capacité* peut être délivré par un homme de l'art quelconque : architecte ou ingénieur, appartenant ou non à une administration publique, à condition que ce soit celui qui a dirigé les travaux visés dans le certificat. Il n'est pas nécessaire que les travaux aient été exécutés pour le compte de l'administration, ils peuvent l'avoir été pour le compte d'un particulier. Il n'est pas non plus nécessaire que le soumissionnaire y ait eu le rôle d'entrepreneur, mais il est obligatoire qu'il ait eu une part suffisante dans les travaux pour permettre d'apprécier sa capacité et sa moralité.

1. C.C.G. Ponts, art. 3.

Un ingénieur peut-il refuser un certificat à un entrepreneur ? En droit, aucune disposition n'impose aux ingénieurs l'obligation de délivrer des certificats aux entrepreneurs ; de plus ils sont seuls juges des appréciations qu'ils y expriment, le Conseil d'Etat n'a jamais admis de réclamations à leur sujet ¹.

De même, le refus d'un maire de délivrer un certificat constitue un acte purement administratif, fait par ce fonctionnaire dans les limites de ses pouvoirs et qui ne saurait, ainsi que l'arrêté du préfet et la décision du ministre qui l'approuve, être déféré au Conseil d'Etat par la voie contentieuse ².

Par contre, les entrepreneurs peuvent intenter un recours gracieux ou hiérarchique lorsque le refus émane d'un agent de l'administration, autrement dit lorsque les travaux exécutés ont eu la caractère de travaux publics. D'autre part, si le refus est le résultat d'un dol ou tout au moins d'une faute, la responsabilité de l'agent administratif peut être engagée dans les termes du droit commun (C. civ. art. 1382). Il appartient à l'entrepreneur de porter son action en dommages-intérêts devant le tribunal civil, en faisant la preuve du dol ou de la faute de l'agent administratif ³.

1. C. d'Etat, 29 mars 1901, *Dubois, Rec.*, p. 371 : « Cons. qu'il appartient au chef du génie délivrant des certificats aux entrepreneurs qui ont travaillé sous sa direction, d'apprécier les énonciations qui doivent y figurer et que les mentions contenues dans ces certificats, considérées en elles-mêmes ou dans leurs conséquences, ne peuvent servir de base à un recours contentieux contre l'Etat ». Le Conseil de préfecture n'est pas davantage compétent, car il ne s'agit pas de difficultés relatives à l'exécution des travaux publics : C. d'Etat, 29 nov. 1878, *Letestu, Rec.*, p. 955 ; C. d'Etat, 27 juin 1902, *Ministre des T.P., Rec.*, p. 486.

2. C. d'Etat, 19 août 1835, *Culhat-Chassis, Rec.*, p. 521.

3. Cour d'Alger, 7 juill. 1874, *D.*, 76.2.218.

Le *certificat de bonne vie et mœurs* qui peut être demandé aux maires, constitue « un acte d'administration dont les tribunaux civils ne peuvent examiner les motifs, ni apprécier la légalité, interdiction qui s'étend aux conséquences de ces actes comme aux actes eux-mêmes »¹. En conséquence aucune demande de dommages-intérêts ne peut être formulée contre le refus des maires de délivrer un tel certificat.

En ce qui concerne la valeur de la clause exigeant la production d'un certificat de capacité, le Conseil d'Etat a déclaré qu'elle « a été insérée dans le cahier des charges dans l'intérêt exclusif de l'administration, qu'elle était étrangère aux rapports des soumissionnaires les uns vis-à-vis des autres et ne constituait pas un droit à leur profit, mais uniquement une garantie pour l'administration »²; dès lors des candidats évincés ne sauraient se plaindre de ce que l'entrepreneur déclaré adjudicataire n'aurait pas produit de certificat. La thèse est qu'en dispensant un candidat qu'elle connaît, dont elle a pu apprécier la capacité, de produire un certificat, l'administration ne place pas les autres dans une situation d'infériorité vis-à-vis de la concurrence.

Certificat d'affiliation à une caisse d'allocations familiales. — Certaines administrations exigent encore des candidats à l'adjudication un certificat attestant leur affiliation à une caisse d'allocations familiales ou l'engagement de s'y affilier s'ils étaient déclarés adjudicataires; cette condition, prévue par une loi du

1. Conflits, 10 avril 1880, *Gorry, Rec.*, p. 357.

2. C. d'Etat, 29 nov. 1866, *Gris., Rec.*, p. 1085.

19 décembre 1922, est devenue inutile depuis que la loi du 11 mars 1932, abrogeant celle de 1922, a décidé que tous les entrepreneurs de travaux publics seraient obligatoirement affiliés à une caisse d'allocations familiales agréée par le ministre. Ladite condition se trouvant remplie depuis le 1^{er} octobre 1933, l'exigence du certificat en question est une formalité superflue. Le Conseil d'Etat a, du reste, jugé que la production tardive du certificat « n'était pas de nature à créer une inégalité entre les soumissionnaires » et, par conséquent, ne pouvait être « regardée comme contraire aux règles fondamentales de l'adjudication »¹.

Certains cahiers des charges exigent des candidats la production, à peine d'éviction de l'adjudication, d'un extrait de leur *casier judiciaire*²; d'autres, un certificat constatant que le candidat est *patenté* dans la commune où a lieu l'adjudication : ces dispositions sont légales, mais s'appliquent spécialement aux adjudications restreintes³.

Les sociétés d'ouvriers français doivent, pour être admises à l'adjudication, se faire représenter vis-à-vis de l'administration, par un délégué unique qui aura à produire, comme les autres candidats, une déclaration d'intention de soumissionner, une note indiquant les travaux exécutés, en tout ou en partie, par la société, des certificats de capacité facultatifs et diverses autres pièces⁴.

Dans certains cas, il n'est pas exigé de références

1. C. d'Etat, 6 juin 1934, *Chissadon, Rec.*, p. 647.

2. C. d'Etat, 12 janv. 1912, *Pillard, Rec.*, p. 42.

3. C. d'Etat, 2 fév. 1934, *Astay, Rec.*, p. 168.

4. Annexe à l'art. 8 bis des C.C.G. des Ponts. A.I.

du tout : travaux de terrassements dont l'estimation ne s'élève pas à plus de 20.000 fr., fourniture de matériaux destinés à l'exécution des chaussées en empierement, etc...

Visa de l'ingénieur en chef des Ponts et Chaussées. —

La déclaration et les références doivent être visées par l'ingénieur en chef des Ponts et Chaussées, avant l'adjudication et dans les délais fixés par l'affiche d'adjudication. L'ingénieur a l'obligation, avant de donner son visa, de se renseigner sur la valeur des candidats et de leur demander les explications ou justifications qu'il jugerait nécessaires¹; par contre, un refus, non justifié, constituerait de sa part un véritable abus de pouvoir engageant sa responsabilité personnelle, et l'entrepreneur lésé aurait contre lui une action en dommages-intérêts².

Le Conseil d'Etat admet, du reste, comme équivalent du visa, la déclaration verbale de l'ingénieur en chef qui s'offre, au cours de la séance d'adjudication, à attester personnellement la capacité et la solvabilité d'un entrepreneur qui aurait antérieurement exécuté des travaux sous ses ordres³.

Le refus d'un architecte communal de viser les certificats fournis par un soumissionnaire n'entraîne pas nécessairement son exclusion de la liste des concurrents : il appartient à la commission d'adjudication d'apprécier les titres produits. Si cette dernière se refusait à l'examen des pièces non revêtues du visa,

1. Circulaire du 30 déc. 1910, art. 28.

2. Cass., 9 nov. 1896, *Gilles*, S., 97.1.279.

3. C. d'Etat, 9 janv. 1868, *Serval*, *Rec.*, p. 13.

l'éviction du candidat qui en résulterait serait fondée sur un motif de droit erroné et le candidat évincé serait recevable à demander l'annulation de l'adjudication irrégulière¹; par contre, la proclamation comme adjudicataire d'un candidat dont les certificats n'étaient pas revêtus du visa de l'architecte municipal ne constitue pas, à elle seule, une irrégularité de nature à entraîner l'annulation de l'adjudication².

Le cautionnement provisoire. — L'autre garantie dont s'entoure l'administration, avant d'admettre les entrepreneurs à soumissionner, est d'ordre pécuniaire : elle leur demande de verser un cautionnement provisoire³.

Le but de ce cautionnement est d'assurer le caractère sérieux des soumissions et de permettre le recouvrement éventuel des frais de folle enchère, au cas où l'entrepreneur proclamé adjudicataire n'exécuterait pas son contrat.

1. C. d'Etat, 29 nov. 1933, *Marchadier, Rec.*, p. 1111 : « Cons. qu'il résulte de l'instruction que l'architecte de la commune dont s'agit a refusé de viser les certificats fournis par le sieur M., que cette circonstance ne devait pas entraîner nécessairement l'exclusion de ce soumissionnaire de la liste des concurrents : qu'il appartenait à la commission des adjudications d'exercer les attributions qu'elle tient de l'art. 3 de l'ordonnance de 1837, et d'apprécier les titres produits par le requérant, qu'en se bornant pour écarter celui-ci, à constater, ainsi qu'il résulte du procès-verbal des opérations, que les pièces qu'il présentait n'étaient pas revêtues du visa de l'architecte municipal, la commission s'est basée sur un motif de droit erroné ; et que, dès lors, le sieur M., est fondé à demander l'annulation tant des adjudications (.....), que de l'arrêté (.....), par lequel le préfet a rejeté son recours contre lesdites adjudications ».

2. C. d'Etat, 6 mai 1931, *Beaufils et Césari, Rec.*, p. 489 : « Cons. d'autre part, que s'il est établi par l'instruction, que la note produite par le sieur R., et relatant les travaux exécutés antérieurement par lui ou à l'exécution desquels il avait concouru n'était pas revêtue du visa de l'architecte municipal, cette irrégularité dans les circonstances de la cause, n'est pas de nature à entraîner l'annulation de l'adjudication ».

3. C.C.G. Ponts, art. 4 ; décret de 1882, art. 5 et suiv. ; Instruc. sur les marchés de la guerre, art. 63 à 80.

Le cautionnement est un gage exigé par l'administration pour être affecté à la garantie des engagements de l'entrepreneur, et non un dédit qu'il serait loisible à celui-ci d'abandonner pour se soustraire à ses obligations. Il ne profite qu'à l'Etat, qui a le droit de se faire payer dessus, par privilège et préférence aux autres créanciers, que ceux-ci aient ou non pratiqué une opposition régulière. Les ouvriers et fournisseurs ne bénéficient d'aucun privilège sur les sommes déposées en garantie¹. Quant au tiers qui aurait fourni le cautionnement à la place du candidat à l'adjudication, il faut distinguer : s'il a fait le versement en son propre nom, il bénéficie du privilège de second ordre accordé par la loi aux bailleurs de fonds, en ce qui concerne les cautionnements des fonctionnaires publics ; mais, s'il a simplement prêté les fonds à l'entrepreneur il n'a pas plus de droits qu'un créancier ordinaire ; il n'a jamais, dans tous les cas, qualité pour demander soit l'annulation ou la réformation des actes qui dérivent du marché, soit la résiliation de l'entreprise, soit la révision du compte.

Il existe un autre cautionnement que doit verser le candidat proclamé adjudicataire, c'est le cautionnement définitif, examiné plus loin.

Constitution du cautionnement provisoire. — Le cautionnement provisoire est fixé, à défaut de stipulations particulières dans le cahier des charges, au soixantième de l'estimation des travaux, déduction faite de toutes les sommes portées à valoir pour dépenses imprévues et ouvrages en régie.

1. Cass., 4 mars 1889, *Berthaud et autres*, D., 89.1.426.

Pour les marchés passés avec l'Etat ou les Départements, il peut être constitué en numéraire ou en rentes sur l'Etat et valeurs du Trésor au porteur, en rentes sur l'Etat nominatives ou mixtes, calculées au pair. Pour les marchés passés avec les communes et les établissements de bienfaisance, les règles sont moins strictes : « les communes et établissements de bienfaisance ont toute latitude pour déterminer la nature des cautionnements à exiger des soumissionnaires et adjudicataires, toutefois les départements chargés de la tutelle administrative ont été priés d'intervenir auprès des administrations pour qu'à l'avenir les dispositions stipulant la constitution des cautionnements provisoires exclusivement en numéraire soient exclues des cahiers des charges »¹.

Le cahier des charges spéciales peut, du reste, prévoir la substitution au cautionnement de la garantie d'un établissement spécialement agréé et, s'engageant à verser au Trésor, jusqu'à concurrence du montant du cautionnement, les sommes dont l'adjudicataire pourrait être reconnu débiteur envers l'Etat. Cette faculté peut être écartée lorsque l'administration le juge opportun ; l'établissement qui donne caution doit consigner effectivement à la Caisse des dépôts et consignations, en nantissement, le dixième de la somme par lui cautionnée. Cette garantie est un moyen de constituer un cautionnement sans immobiliser des sommes parfois importantes².

1. Réponse du ministre des Finances à M.J. Faure au *J. Off.*, du 29 nov. 1935.

2. Cf. P. Baudiot, *Rev. jurid. et fiscale de l'entreprise*, 1927, p. 353.

Le cautionnement peut aussi être immobilier. Dans d'autres services, des règles spéciales sont édictées : ainsi dans le service du *génie militaire*, le soumissionnaire doit présenter une caution personnelle s'engageant solidairement avec lui ; certaines personnes (femmes, septuagénaires, interdits, majeurs pourvus d'un conseil judiciaire) ne peuvent servir de caution. Le cahier des *chemins vicinaux* exige un cautionnement unique, à verser avant l'adjudication ; une simple promesse de le fournir suffit si l'administration y consent.

Pour toutes les modalités de versement du cautionnement, il convient de se référer au devis particulier à chaque entreprise.

Le cautionnement provisoire est restitué aux soumissionnaires non proclamés adjudicataires ; il est également remboursé à l'adjudicataire après la réalisation du cautionnement définitif.

Les sociétés d'ouvriers et les petits artisans sont dispensés de l'obligation de verser un cautionnement lorsque le montant des travaux ne dépasse pas un certain chiffre ¹.

1. Décret de 1888, art. 4, modifié par le décret du 5 oct. 1920 et le décret de 1931, art. 5 ; loi de 1926, art. 4 ; loi du 28 déc. 1931, art. 6 : « Dans les adjudications ou marchés de gré à gré passés au nom de l'Etat, des départements, des communes, des établissements publics de bienfaisance et d'assistance, ainsi que des établissements reconnus d'utilité publique ayant un caractère hospitalier ou de bienfaisance, les petits artisans remplissant les conditions fixées à l'art. 42, § 2 du décret du 15 oct. 1926 sont dispensés de fournir un cautionnement, lorsque le montant prévu des travaux et fournitures faisant l'objet du marché ne dépasse pas : 50.000 francs dans les villes de 10.000 à 100.000 habitants ; 100.000 francs dans les villes de 101.000 à 200.000 habitants ; 125.000 francs dans les villes de 201.000 à 300.000 habitants ; 150.000 fr. dans les villes de 300.000 habitants et au-dessus. Le maximum est porté à 200.000 francs pour la Ville de Paris. En cas d'adjudication, les artisans devront produire un certificat délivré par le contrôleur des contributions directes de leur domicile indiquant qu'ils sont im-

L'administration ne saurait déclarer irrégulière la soumission d'une société d'ouvriers pour défaut de versement du cautionnement¹, et, de plus, « dans le cas où des travaux relevant du département des Travaux Publics seraient signalés comme ayant été exécutés contrairement aux prescriptions (indiquées ci-dessus) une enquête serait ouverte »².

En plus du cautionnement, une garantie pécuniaire est exigée lorsque des matières ou effets sont confiés aux entrepreneurs pour l'exécution des marchés, sauf dérogation en ce qui concerne les sociétés d'ouvriers et les petits artisans.

§ 2. *La commission d'adjudication.* — La commission d'adjudication a pour fonction d'examiner les titres et pièces des soumissionnaires et de se prononcer sur leur admission.

Elle est composée de trois membres ; « toutes les difficultés qui peuvent s'élever sur les opérations préparatoires de l'adjudication sont résolues, séance tenante, par le maire et les deux assistants à la majorité des voix, sauf le recours de droit » (loi du 5 avril 1884, art. 89). Le conseil municipal ne peut jamais siéger comme commission d'adjudication ; seuls, le maire et deux conseillers municipaux désignés d'avance par le conseil ou, à défaut de cette désignation,

sés à l'impôt sur les traitements et salaires » ; — mêmes chiffres pour les sociétés d'ouvriers. A noter qu'au cas où le marché devrait être exécuté sur plusieurs années, c'est le montant total des travaux qu'il faut considérer et non le chiffre annuel de la dépense.

1. C. d'Etat, 9 fév. 1912, *Société coopérative d'ouvriers plombiers de Limoges*, *Rec.*, p. 192 ; 9 mars 1934, *Société « les cimentiers et maçons d'art »*, *Rec.*, p. 329 (cité *infra*, p. 110, note 6).

2. Réponse du ministre des T.P., au *J. Off.*, du 23 oct. 1932.

appelés dans l'ordre du tableau, peuvent composer la commission¹. Pour les marchés de l'Etat, à côté du maire président, siègent un membre technique et un membre juriste. Lorsque la commission ne siège pas au complet, il faut, au moins, deux membres, la présence du membre technique et du membre juriste étant indispensable. En cas de partage des voix celle du président est prépondérante (Instr. sur les marchés de la guerre, 1921, art. 3, 17).

Liste des concurrents. — La commission est appelée à dresser la liste des concurrents.

Adjudications ordinaires. — Dans ces adjudications la liste des concurrents agréés est arrêtée par le préfet qui doit entendre les observations des concurrents, si cette formalité a été jugée nécessaire par le bureau ; aucun candidat ne peut être écarté sans avoir été appelé².

Adjudications restreintes. — Dans cette catégorie d'adjudications la liste est arrêtée dans une séance privée tenue avant l'adjudication ; mais, aucun entrepreneur ne peut être écarté sans avoir été admis à présenter ses explications devant le bureau d'adjudication. Lorsqu'une commission spéciale a été appelée à donner son avis, c'est devant elle que les concurrents dont l'admission soulève des objections, devront s'expliquer (Circulaire du 30 déc. 1910 art. 33).

Marchés de gré à gré ordinaires et marchés sur concours. — La liste des concurrents est dressée par

1. C. d'Etat, 18 mars 1931, *Mayor et Société Eau et Assainissement*, *Rec.*, p. 312.

2. Circul. du 30 déc. 1910, Annexes ; Instr. guerre 1921, art. 17. V., cependant, *contra* : C. d'Etat, 27 mai 1930, *Hugues*, *Rec.*, p. 576.

le ministre sur la proposition des ingénieurs et d'une commission locale instituée à cet effet. L'intervention de la commission est obligatoire lorsque l'ingénieur en chef estime que des candidats doivent être écartés ; dans ce cas, elle les entend avant d'établir la liste.

Une fois la liste des concurrents arrêtée, la commission d'adjudication n'a plus le droit de revenir sur les admissions prononcées ; le Conseil d'Etat est formel sur ce point ¹.

D'autre part, la commission ne doit pas prendre connaissance des offres des concurrents avant de s'être prononcée définitivement sur leur admission à l'adjudication ; en conséquence les candidats doivent remettre leurs certificats et pièces diverses sous une enveloppe, et leur soumission sous une enveloppe différente. C'est une formalité essentielle dont l'inobservation doit entraîner l'éviction des contrevenants. Si la commission passait outre, il y aurait lieu de considérer l'adjudication comme nulle et il appartiendrait au préfet de se refuser à donner son approbation.

En matière d'adjudication communale, la commission a le pouvoir de fixer le maximum des dépenses qui pourront, en vertu de cette adjudication, être à la charge de l'administration municipale ; mais, elle ne saurait faire usage de ce pouvoir pour écarter un concurrent qui « offrait de payer à la ville, pour

1. C. d'Etat, 26 janv. 1912, *Roux, Rec.*, p. 113 : « Si la commission avait la faculté avant l'ouverture de n'admettre à y prendre part que les personnes ayant justifié des conditions de moralité et de solvabilité requises, il ne lui appartenait plus d'écarter au cours même des enchères, un des candidats, sous prétexte qu'il ne présentait pas les garanties spécifiées sur le cahier des charges ... ».

obtenir le droit exclusif d'affichage sur les murs et façades des propriétés communales, une somme supérieure au prix maximum fixé par la commission »¹.

Les pouvoirs de la commission d'adjudication sont très grands : elle constitue une véritable autorité administrative de caractère temporaire, prenant des décisions, et jouissant, en ce qui concerne l'agrément des concurrents, d'un pouvoir discrétionnaire. Toutefois, une évolution, dans le sens d'un affaiblissement léger des pouvoirs des commissions d'adjudication, s'est produite dans la jurisprudence du Conseil d'Etat.

Autrefois, le Conseil d'Etat reconnaissait aux décisions des commissions d'adjudication le caractère d'actes administratifs dont il était impossible d'obtenir l'annulation, sauf le cas de détournement de pouvoirs. La formule que l'on retrouvait dans tous les arrêts et qui exprimait cette fin de non-recevoir était la suivante : « actes administratifs qui ne sont pas susceptibles de nous être déférés par la voie contentieuse »².

A l'heure actuelle, les commissions jouissent encore de leur « pouvoir discrétionnaire pour apprécier la capacité, la moralité ou la solvabilité des soumissionnaires, mais, il ne leur est pas permis toutefois d'exercer ce pouvoir arbitrairement » (Circul. du préfet du Nord du 21 oct. 1932). Ce pouvoir leur a été conféré dans l'intérêt du service et, si une décision qui écartait l'un des concurrents apparaissait comme ayant été inspirée par des considérations

1. C. d'Etat, 8 déc. 1899, *Martinier, Rec.*, p. 709.

2. C. d'Etat, 9 janv. 1843, *Chovelon, Rec.*, p. 13.

étrangères à cet intérêt, l'entrepreneur évincé serait recevable à en demander l'annulation par la voie du recours pour excès de pouvoir.

Le même droit appartient à ceux qui auraient à se plaindre d'un vice de forme, d'incompétence ou de détournement de pouvoir.

Néanmoins, les décisions rejetant le recours sont nombreuses ; il appartient, en effet, aux candidats évincés d'apporter la preuve certaine que la commission a bien fait usage de ses pouvoirs « dans un but autre que celui en vue duquel ils lui ont été conférés », sinon leur requête est rejetée¹.

La possibilité d'exercer un recours appartient toujours aux candidats évincés nonobstant toute clause contraire pouvant figurer dans les cahiers des charges ou les avis d'adjudication. « De telles clauses sont inopérantes comme étant contraires à l'ordre public, et les collectivités s'exposent lorsqu'elles prétendent les invoquer, à les voir purement et simplement repousser par le Conseil d'Etat » (Circul. du préfet du Nord du 21 oct. 1932).

En résumé, il appartient aux commissions d'adjudication de statuer sur l'admission des candidats ;

1. C. d'Etat, 28 juill. 1911, Rouveraux, *Rec.*, p. 932 : « Cons. qu'en se refusant à admettre les sieurs R. au nombre des concurrents à l'adjudication des travaux de construction d'un hôtel des postes, la commission d'admissibilité n'a fait qu'user des droits d'appréciation et de décision reconnus par l'art. 4 du cahier des charges ; que les requérants n'établissent pas qu'elle ait fait usage de ses pouvoirs dans un but autre que celui en vue duquel ils lui ont été conférés ; qu'ainsi ils ne sont pas fondés à demander l'annulation de la décision prise par ladite commission » ; 28 avril 1899, *Barralis*, D., 1900.3.76 ; 24 juill. 1908, *Giraud*, *Rec.*, p. 814 ; 17 déc. 1909, *Larré*, 1060 ; 28 juin 1912, *Cazenave et autres*, 760 ; 12 juill. 1918, *Dame Blondeau*, 716 ; 27 juin 1928, *Delattre*, 829 ; 21 juill. 1932, *Eloy*, 761 ; 26 juill. 1932, *Guignes*, sommaire 1413.

elles statuent souverainement, à condition que les seuls motifs sur lesquels l'élimination des soumissionnaires puisse être fondée, soient l'incapacité, le défaut de moralité ou de solvabilité. Leur pouvoir est discrétionnaire, mais, elles ne doivent commettre ni violation de la loi, ni excès, ni détournement de pouvoir.

Les décisions des commissions n'ont pas à être motivées, aucun texte ne l'exige¹, l'absence de motifs ne saurait servir de base à un recours. Au cas où une commission motiverait une de ses décisions, elle devrait prendre garde que ses motifs ne soient ni erronés, ni entachés d'erreur de droit ; il y aurait erreur de droit dans le fait d'exclure un candidat parce qu'il n'acceptait pas une clause qui contrevenait au principe de la libre concurrence et ne pouvait, par suite, être valablement introduite dans un cahier des charges : le Conseil d'Etat a annulé la décision de la commission pour excès de pouvoir².

§ 3. *Les soumissions.* — La soumission est l'acte par lequel un entrepreneur fait connaître ses offres à l'administration au sujet d'un travail public mis en adjudication, et prend l'engagement de se soumettre aux clauses et conditions du cahier des charges.

Elles doivent, à peine de nullité, être rédigées avec précision — une soumission douteuse risquerait d'être écartée —, par écrit, généralement sur papier timbré³. Les prix offerts doivent être énoncés en toutes lettres,

1. C. d'Etat, 27 janv. 1932, *Simon, Rec.*, p. 111.

2. C. d'Etat, 15 mai 1914, *Ducret, Rec.*, p. 606.

3. C. d'Etat, 4 fév. 1876, *Boyer, D.*, 76.3.70. Pour les réglementations de détail, consulter les cahiers des charges de chaque entreprise.

toutefois, l'indication en chiffres n'entraîne pas nécessairement le rejet de la soumission : il appartient à la commission d'apprécier.

« Les soumissions, placées sous enveloppes cachetées, sont remises en séance publique. Toutefois, les cahiers des charges peuvent autoriser ou prescrire l'envoi des soumissions par lettre recommandée ou leur dépôt dans une boîte à ce destinée, ils fixent le délai pour cet envoi ou dépôt.

Lorsqu'un maximum de prix ou un minimum de rabais a été arrêté d'avance par le ministre ou par le fonctionnaire qu'il a délégué, le montant de ce maximum ou de ce minimum est indiqué dans un pli cacheté déposé sur le bureau à l'ouverture de la séance. Les plis renfermant les soumissions sont ouverts en présence du public ; il en est donné lecture à haute voix ». (décret de 1882, art. 13).

Pour les travaux des communes, l'ordonnance de 1837 (art. 7) exige la remise des soumissions en séance publique : dès lors, une soumission envoyée au maire par la poste n'est pas valable¹ ; toutefois exception est faite pour la ville de Paris, où l'envoi des soumissions par lettre recommandée ou leur dépôt dans une boîte à ce destinée est la règle.

Les soumissions doivent être signées par les soumissionnaires : une soumission déposée non signée, pourrait être écartée purement et simplement ; la commission qui autoriserait les intéressés à signer leurs soumissions au cours de la séance d'adjudication suivrait une procédure irrégulière ; il faudrait,

1. C. d'Etat, 28 avril 1899, *Barralis*, D., 1900.3.76.

toutefois, pour obtenir l'annulation de l'adjudication, faire la preuve que la procédure irrégulière a eu pour effet de modifier le résultat de l'adjudication¹.

Lorsqu'une soumission ne porte qu'une signature unique, cela n'empêche pas l'administration d'agréer ultérieurement, un co-adjudicataire qui, n'étant pas partie à l'adjudication, n'avait, évidemment, pas signé la soumission déposée par son associé.

Dès lors que deux entrepreneurs ont soumissionné conjointement l'exécution des travaux et, ont signé, l'un et l'autre, la soumission, chacun des deux est obligé pour le tout, dans l'hypothèse où ils seraient proclamés adjudicataires; par suite, le décès de l'un d'eux ne saurait autoriser l'autre à demander la résiliation de l'entreprise².

Lorsque la soumission déposée avant l'adjudication porte, non une signature sociale, mais les signatures personnelles de deux personnes s'étant engagées conjointement, la non-constitution de la société

1. C. d'Etat, 8 mars 1912, *Machin, Rec.*, p. 343 : « Cons., que dans ces circonstances, le requérant ne saurait prétendre que le principe de la liberté des enchères et de l'égalité entre les soumissionnaires ait été méconnu, et que la procédure suivie ait eu pour effet de modifier le résultat de l'adjudication; qu'il résulte de ce qui précède que c'est à bon droit que le ministre a refusé d'annuler ladite adjudication ».

2. C. d'Etat, 7 fév. 1873, *Guernet, D.*, 73.3.76 : « Cons. que les sieurs G. et V. avaient soumissionné conjointement l'exécution des travaux mis en adjudication; que ces travaux ayant fait l'objet d'une adjudication unique, et formant ainsi un ensemble indivisible, chacun des deux soumissionnaires était obligé pour le tout à leur exécution; que, d'ailleurs, l'affiche qui a annoncé l'adjudication portait qu'au cas où plusieurs entrepreneurs se réuniraient pour présenter une même soumission, ils devraient s'engager conjointement et solidairement; que, si la soumission présentée par les sieurs G. et V. ne portait pas déclaration qu'ils s'obligeaient à cette condition, le sieur G. ne peut se prévaloir de cette omission pour prétendre que lui et le sieur V., ont été déclarés adjudicataires à des conditions autres que celles qui résultaient de la nature du marché; qu'il suit de là que le requérant n'est pas fondé à demander la résiliation de l'entreprise à raison du décès du sieur V., ».

projetée entre elles ne rend pas nulle l'adjudication. Par contre, une soumission portant une seule signature, le signataire a seul vis à vis de l'administration, le caractère d'entrepreneur ; si donc, un entrepreneur faisant partie d'une société, désire engager ses associés avec lui, il doit en informer l'administration.

Après l'expiration de la période fixée pour le dépôt des soumissions, les soumissions remises ne peuvent être ni retirées, ni modifiées, et leurs signataires, ainsi que leurs cautions s'il y en a, sont engagés envers l'administration jusqu'à la proclamation de l'adjudicataire (décret de 1882, art. 13, § 1 et 2)¹. Il importe peu que la demande de restitution de la soumission ait été faite avant l'ouverture de la séance publique d'adjudication ou à l'ouverture même de cette séance².

Le manque d'accord des volontés au moment où le contrat devait se former et, par suite, l'absence de contrat ne saurait davantage être invoqué, puisque, d'après la jurisprudence, le contrat se trouve irrévocablement formé par le dépôt de la soumission : « lorsque les soumissions ont été déposées sur le bureau, elles doivent nécessairement être ouvertes et lues, ce qui implique que, ne pouvant plus être retirées, elles constituent à partir de ce dépôt, l'engagement définitif de leurs signataires ; qu'il est évident, en effet, que lorsque le soumissionnaire répondant à l'offre de l'administration, dépose son pli cacheté, il accepte,

1. C. d'Etat, 24 déc. 1926, *S.A. l'Entreprise de l'Est, Rec.*, p. 1172.

2. C. d'Etat, 29 mars 1912, *Frot, Rec.*, p. 467 : « à partir du moment où aucune soumission ne peut plus être remise, les soumissionnaires sont définitivement engagés vis-à-vis de l'Etat ».

à ce moment, cette offre et s'engage à devenir adjudicataire pour le prix qu'il désigne, que c'est donc bien par le dépôt de la soumission que le contrat se trouve irrévocablement formé, tant au point de vue administratif qu'au point de vue du soumissionnaire »¹.

Une prétendue erreur de calcul dans l'établissement du rabais ne saurait autoriser le retrait de la soumission déposée². La soumission ne doit contenir aucune réserve : les soumissionnaires n'ont pas à discuter les conditions de l'administration, ils ne peuvent que proposer un rabais sur le prix qu'elle a établi. Par exemple, une soumission portant, à la suite du prix demandé par l'entrepreneur, les mots « non compris imprévu », ne serait pas valable, et il en serait de même de toute soumission contenant des réserves interdites par le cahier des charges ; et les corrections que pourrait être amené à faire, sur l'invitation du bureau, à l'ouverture de la séance publique, l'auteur de la soumission irrégulière, ne sauraient rendre celle-ci valable. Si un entrepreneur n'acceptait pas certaines clauses du cahier des charges, il devrait, cependant, déposer une soumission régulière, sans réserves, attendre le résultat de l'adjudication et, au cas où il serait déclaré adjudicataire, faire inscrire ses réserves sur le procès-verbal d'adjudication³.

Toutefois, si les clauses contre lesquelles le soumissionnaire avait formulé des réserves, étaient nulles

1. Cour de Paris, 28 juin 1901, *Laganche*. V. sous Cass., 9 mai 1904, D., 1907.1.465.

2. C. d'Etat, 9 juill. 1919, *Grande*, Rec., p. 611 : « La prétendue erreur n'est pas de nature à entacher de nullité ladite soumission, ni à vicier l'engagement pris par le requérant » ; 22 mai 1912, *Grandjouan*, Rec., p. 588.

3. C. d'Etat, 10 juin 1932, *Bigot*, Rec., p. 572.

comme entachées d'excès de pouvoir, il ne saurait être exclu de l'adjudication et, si son rabais était le plus fort de tous ceux proposés par les divers soumissionnaires il devrait être proclamé adjudicataire¹.

Forme des soumissions. — Les entrepreneurs doivent suivre les indications données par les avis et affiches relatifs à l'adjudication projetée; les soumissions non conformes risqueraient d'être rejetées, tout au moins, si de l'inobservation des formalités prescrites résultait une atteinte à la liberté de la concurrence entre les divers soumissionnaires.

Atteinte à la liberté des soumissions. — Ceux qui entravent ou troublent la liberté des soumissions, par voies de fait, violences ou menaces commettent un délit, prévu et réprimé par l'article 412 du Code pénal; et, ceux qui s'en rendent complices, en renonçant à soumissionner à la suite de dons ou promesses, tombent sous l'application des mêmes peines. Le fait de dons ou de promesses est, du reste, essentiel pour constituer le délit².

L'association en vue de la soumission est également punissable, lorsque les associés se partagent, après coup, l'objet de l'adjudication.

L'intention frauduleuse est, dans tous les cas, nécessaire pour qu'il y ait délit.

1. C. d'Etat, 21 mars 1890, *Caillette*, D., 91.3.81 : « Cons. que les clauses contre lesquelles le sieur C., a formulé ses réserves figuraient parmi celles déclarées nulles et de nul effet à raison de l'excès de pouvoir dont elles étaient entachées et que le requérant est fondé à soutenir que leur insertion dans le cahier des charges de l'adjudication dont il s'agit ne pouvait leur conférer un caractère licite et obligatoire à l'égard des entrepreneurs admis à soumissionner les travaux de la ville, qu'il suit de là que le refus du sieur C., de se soumettre aux clauses ne pouvait légalement motiver son éviction au profit d'un concurrent dont le rabais était inférieur au sien ... ».

2. Trib. correct. Seine, 21 janv. 1887, *Noël*.

§ 4. *Formalités secondaires.* — *Délais.* Un certain temps doit s'écouler entre l'annonce de l'adjudication et les opérations proprement dites d'adjudication. Si les délais ont été établis par des textes législatifs ou réglementaires, leur inobservation aurait pour conséquence de vicier l'adjudication, et il serait alors loisible à tout soumissionnaire lésé de poursuivre l'annulation de l'adjudication à laquelle il aurait été procédé irrégulièrement. Mais il faut prendre soin d'attaquer l'adjudication elle-même, et non l'acte fixant la date de l'adjudication ; ce dernier constitue, en effet, une décision purement préparatoire qui n'est pas susceptible d'être déférée au Conseil d'Etat par application des lois des 7-14 octobre 1790 et 24 mai 1872¹.

Pièces du marché. Les pièces principales servant de base au marché sont : le devis, le bordereau des prix et le détail estimatif. Les deux premières constituent les éléments essentiels du contrat. Ces pièces figurent en minute au dossier de l'adjudication et tous les soumissionnaires peuvent en prendre connaissance avant l'adjudication : notamment, s'assurer que les prix figurant au bordereau sont suffisamment rémunérateurs, car c'est sur eux que porte l'adjudication, et aucune réclamation ne serait admise en cas d'erreurs commises dans les évaluations. Le détail estimatif n'a, en effet, que la valeur d'un document préparatoire ; l'entrepreneur ne pourrait s'en prévaloir pour critiquer les prix figurant au bordereau.

1. C. d'Etat, 14 mars 1902, *Villard, Rec.*, p. 196.

Affiche officielle d'adjudication. — L'affiche officielle d'adjudication indique les pièces à fournir pour être admis à soumissionner ; en l'absence de toute référence à un autre document, son énumération doit être considérée comme limitative ; de telle sorte, qu'un engagement figurant au devis mais non mentionné à l'affiche officielle d'adjudication, ne constitue pas une condition d'admission à l'adjudication ¹.

Signatures. — Les pièces du marché doivent être soumises à la signature des candidats, au moment de l'adjudication ; une pièce qui n'aurait pas été soumise au visa et à la signature de l'adjudicataire au moment de sa soumission, ne pourrait constituer un des éléments obligatoires du contrat et, par suite, l'inobservation des prescriptions contenues dans cette pièce ne saurait être reprochée à l'adjudicataire ².

Les pièces à considérer sont les pièces originelles figurant au dossier d'adjudication : un entrepreneur ne serait pas fondé, pour se soustraire à ses obligations, à invoquer une copie erronée, à lui délivrée après l'adjudication, attendu « qu'une erreur matérielle commise dans une copie ne saurait modifier des obligations connues et acceptées par l'entrepreneur » ³.

§ 5. *Exclusion des adjudications.* — L'exclusion des adjudications est une mesure par laquelle le ministre interdit à un entrepreneur, à raison de fautes graves antérieures, de se présenter à toutes les adjudications à venir de son département.

1. C. d'Etat, 26 mars 1931, *Helbling et Vary, Rec.*, p. 377.

2. C. d'Etat, 10 déc. 1875, *Joret, Rec.*, p. 1003.

3. C. d'Etat, 7 juill. 1876, *Legrand, Rec.*, p. 661 ; 5 déc. 1934, *Laurénçon, Rec.*, p. 1151.

Il ne faut pas la confondre avec l'éviction d'un entrepreneur, prononcée par la commission d'adjudication, pour une adjudication déterminée.

L'exclusion est une mesure beaucoup plus grave, c'est essentiellement une pénalité, prononcée par l'administration spontanément et secrètement; elle peut, notamment, être prononcée comme conséquence de la résiliation d'un marché¹, mais, elle n'a pas le caractère d'une condamnation pénale judiciaire et n'entraîne pas d'incapacités juridiques à la charge de l'exclu. Toutefois, le préjudice moral et pécuniaire étant certain, il en résulte que l'administration, bien qu'ayant un pouvoir discrétionnaire de prononcer l'exclusion, doit se garder de tout abus : l'entrepreneur qui serait victime d'un excès ou d'un détournement de pouvoir pourrait former un recours contentieux devant le Conseil d'Etat.

Le Conseil d'Etat considérait autrefois l'exclusion générale d'un entrepreneur des adjudications comme un acte administratif, une mesure d'exécution de service, non susceptible de recours contentieux²; et, il n'admettait pas qu'une telle mesure pût donner lieu à une demande de dommages-intérêts devant le Conseil de Préfecture³. Depuis 1905, il a changé de jurisprudence et a admis le recours, déclarant illégale l'exclusion « à l'avance et par une mesure générale de toute adjudication future », pour « des motifs étrangers, soit à l'exécution des marchés dont

1. C. d'Etat, 13 avril 1883, *Darmanaden, Rec.*, p. 339.

2. C. d'Etat, 16 août 1859, *Didier, Rec.*, p. 599; 8 fév. 1864, *Corre, Rec.*, p. 103.

3. C. d'Etat, 26 juin 1874, *Jigouzo, Rec.*, p. 615.

le requérant était titulaire, soit à sa situation ou sa capacité professionnelle »¹.

Ainsi donc, la jurisprudence du Conseil d'Etat s'est développée dans le sens de la restriction du pouvoir discrétionnaire de l'administration : les motifs de l'exclusion — lorsqu'elle est motivée, ce qui n'est pas obligatoire — doivent être sérieux², d'ordre professionnel³, exacts en fait et en droit : l'exactitude matérielle des faits allégués, de même que leur valeur juridique pourrait être contestée par l'exclu ; enfin, l'administration doit, à peine de nullité de sa décision, se conformer aux prescriptions du cahier des clauses et conditions générales lorsque celui-ci précise les cas dans lesquels l'exclusion pourra être prononcée et indique les garanties à accorder.

Il est absolument certain, à l'heure actuelle, que l'entrepreneur exclu pour des motifs étrangers à l'exécution d'un marché ou à sa situation ou capacité professionnelles, et qui en apporte la preuve, peut demander l'annulation par le recours pour excès de pouvoir et former, en plus, un recours contentieux en indemnité si la mesure d'exclusion qui le frappe lui a causé un préjudice moral ou pécuniaire.

L'exclusion est temporaire ou définitive : la décision prononçant l'exclusion peut être rapportée à tout instant. L'exclusion ne peut être générale, en ce sens qu'elle ne doit viser uniquement que les adjudication d'un service public déterminé.

1. C. d'Etat, 4 août 1905, *Lespinasse, Rec.*, p. 757, et les conclusions de M. Saint Paul-commissaire du gouvernement.

2. C. d'Etat, 13 juin 1913, *Surhomme, Rec.*, p. 673.

3. C. d'Etat, 18 fév. 1910, *Noguès, Rec.*, p. 132.

Il existe dans les administrations un *Répertoire des exclus* qui contient toutes les exclusions prononcées ; il est confidentiel, ses prescriptions ne sauraient être invoquées par des concurrents évincés, pour attaquer la proclamation comme adjudicataire d'un individu exclu ; la validité du contrat passé avec l'exclu ne saurait davantage être contestée pour le motif que le cocontractant n'était pas capable. On peut, dans ce cas, considérer la proclamation comme la conséquence de la radiation implicite de l'entrepreneur de la liste des exclus¹.

III

L'ADJUDICATION PROPREMENT DITE : PROCLAMATION DE L'ADJUDICATAIRE

L'opération d'adjudication proprement dite a lieu en séance publique ; l'obligation d'être présent ou représenté à la séance d'adjudication ne constitue pas une des conditions essentielles de la validité de l'adjudication². Une commission ouvre les enveloppes contenant les soumissions et proclame adjudicataire provisoire l'entrepreneur ayant fait les offres les plus avantageuses pour l'administration : pratiquement, celui dont le rabais sur le prix fixé par l'administration pour l'exécution des travaux était le plus important. Toutefois, l'autorité qui procède à l'adjudication peut fixer un prix limite consistant en un rabais minimum ; dans ce cas, les travaux ne sont adjugés que si l'un

1. C.C.G. (fourniture) guerre, art. 40, *in fine*.

2. C. d'Etat, 6 juin 1934, *Chissadon, Rec.*, p. 647.

des rabais est au moins égal ou supérieur au rabais minimum.

En matière d'adjudication restreinte, l'administration n'est pas tenue de se prononcer en faveur du soumissionnaire ayant offert le plus fort rabais.

Dans les adjudications sur concours d'échantillons et de prix, spéciales aux marchés de fournitures, il est tenu compte, à la fois, des offres de prix et de la qualité des échantillons présentés¹.

Lorsqu'il y a égalité entre les offres susceptibles de former le prix d'adjudication, il est procédé, séance tenante, à une nouvelle adjudication entre les concurrents ayant fait les mêmes offres. S'ils s'y refusent ou si les offres nouvelles ne diffèrent pas des précédentes le sort en décide².

Cas particuliers. — Il peut arriver que la soumission du candidat le mieux disant soit irrégulière en la forme : elle contient des réserves, ou le récépissé de versement du cautionnement provisoire fait défaut, etc... « il est alors proposé au ministre de ne pas donner suite à l'adjudication et de traiter de gré à gré avec le mieux disant, étant entendu que rien ne doit être changé aux conditions du marché et que le soumissionnaire doit remplir toutes les conditions imposées au cahier des charges ».

Par ailleurs, le meilleur prix obtenu peut encore être trop élevé : « il est alors proposé au ministre de ne pas donner suite à l'adjudication et de procéder à un

1. C. d'Etat, 30 mars 1906, *Ballande, Rec.*, p. 280.

2. Cf. Instruction, guerre, 1921, art. 18-2° *b*, in *fine* : « Si les concurrents ne consentent pas à un nouveau concours ou si l'on se trouve encore en présence de prix égaux, le sort décide de l'ordre dans lequel seront désignés les adjudicataires ».

nouvel appel à la concurrence en vue de passer un marché de gré à gré (art. 18 et 19 du décret du 18 novembre 1882) » (Instruction du 3 octobre 1934 relative à la procédure à suivre pour la passation des marchés de travaux ou de fournitures).

Impossibilités d'être adjudicataire. — Certaines personnes ne peuvent être proclamées adjudicataires en raison de leur situation personnelle. C'est le cas des *Maires*, pour les travaux à exécuter dans leur commune ou dans les établissements de bienfaisance dont ils ont la surveillance ; ils seraient, de plus, passibles des peines de l'article 175 du Code pénal, en cas d'immixtion dans ces marchés.

Les *Conseillers municipaux* ne peuvent pas non plus être adjudicataires des services publics ou des entreprises placées sous la surveillance directe du conseil municipal (loi du 5 avril 1884, art. 33, 5^o). Un conseiller municipal qui accepterait une entreprise de cette sorte serait déclaré démissionnaire par le préfet (loi de 1884, art. 36) ; il semble, toutefois, qu'il ait la faculté de soumissionner sauf à donner sa démission de conseiller au cas où il serait proclamé adjudicataire ¹.

S'il n'est pas permis aux conseillers municipaux d'accepter l'entreprise de services communaux, ils peuvent, par contre, être adjudicataires de certains travaux déterminés et temporaires ne devant pas se renouveler, à la condition formelle de s'abstenir de prendre part aux délibérations du conseil municipal concernant lesdits travaux : ces délibérations seraient, dans le cas contraire, annulables (loi de 1884, art. 64).

1. Cf. Monsarrat, *Traité des marchés communaux*, N° 97.

Lorsque l'adjudication n'est pas obligatoire, les conseillers municipaux peuvent librement traiter de gré à gré ou sans marchés écrits avec la commune, sauf à obtenir ultérieurement l'approbation préfectorale¹.

En bref, nous pouvons dire : qu'il est permis aux conseillers municipaux de devenir adjudicataires d'une *entreprise de travaux communaux*, et inversement que les entrepreneurs de travaux sont éligibles au conseil municipal ; que, par contre, il est interdit aux conseillers municipaux de devenir adjudicataires de *services publics communaux*, les entrepreneurs de ces services étant, à l'inverse, inéligibles (Réponse du ministre de l'Intérieur à M. Pezet, au *J. Off.*, du 30 avril 1937).

« Il convient d'ajouter que la juridiction administrative est seule compétente pour décider si tel ou tel contrat relève de l'entreprise de travaux ou de l'entreprise de services municipaux » (Réponse du ministre de l'Intérieur à M. Trémintin au *J. Off.* du 4 avril 1936). Voici quelques exemples : l'entrepreneur de travaux d'entretien à effectuer aux chemins vicinaux ordinaires doit être considéré comme entrepreneur d'un service communal et comme tel inéligible, alors même qu'il aurait cédé son entreprise ou en aurait obtenu la résiliation, la cession ou la résiliation n'ayant été acceptée que postérieurement aux opérations élec-

1. V. cependant, *contra* : C. d'Etat, 17 juill. 1914, *Duguest, Rec.*, p. 890 : « Le traité passé avec ledit sieur D., ayant une durée de plusieurs années, celui-ci ne saurait être, ainsi qu'il le soutient, regardé comme un entrepreneur travaillant occasionnellement pour le compte de la commune ; que dès lors, nonobstant la circonstance qu'il aurait été procédé, non à une adjudication, mais à un marché de gré à gré, le requérant doit être tenu pour entrepreneur d'un service municipal et que, par suite, c'est avec raison que par application de l'art. 33 de la loi du 5 avril 1884, le Conseil de préfecture a annulé son élection ... ».

torales¹. Si, par ailleurs, la substitution avait été acceptée par le maire et approuvée par le préfet, c'est le cessionnaire qui deviendrait inéligible². Sont encore inéligibles : l'entrepreneur chargé de l'entretien des bâtiments communaux³, ou des trottoirs de la ville⁴, l'adjudicataire de la fourrière publique⁵; par contre, l'adjudicataire d'un lot de boues à enlever, lorsque celles-ci peuvent être ramassées par les cantonniers n'est pas entrepreneur d'un service communal, il est donc éligible⁶; mais, l'adjudicataire de l'enlèvement des boues et immondices est inéligible⁷.

L'associé de l'entrepreneur de services municipaux est éligible⁸.

Les conseillers municipaux ne peuvent donc être exclus, en principe, de toute adjudication, en considération seulement de leur fonction élective : les maires ou les conseils municipaux qui prendraient une telle décision commettraient un abus de pouvoir susceptible d'en entraîner l'annulation. De même, si une commission d'adjudication prononçait l'éviction d'un soumissionnaire en considération de sa qualité de conseiller municipal, il serait possible de poursuivre l'annulation

1. C. d'Etat, 10 juill. 1906, *Elections de Bussières-Baffy*, Rec., p. 647 ; 5 avril 1905, *Elect. de Noirmoutiers*, Rec., p. 340 ; 15 mars 1909, *Elect. de Saint-Martin le Nœud*, Rec., p. 295 ; 23 janv. 1905, *Elect. de Parçay*, Rec., p. 69 ; 3 mars 1905, *Elect. de Bussières-Boffy*, Rec., p. 228 ; 16 juill. 1926, *Elect. d'Aïn M'Lila*, Rec., p. 744 ; 27 mars 1914, *Elect. de Domont*, Rec., p. 417.

2. *Elect. de Montmorency*, Rec., n° 50.293.

3. C. d'Etat, 26 fév. 1909, *Elect. de Sus la Croix Haute*, Rec., p. 216 ; 24 mars 1909, *Elect. de Laon*, Rec., p. 325 ; 22 mai 1905, *Elect. de Châtellerault*, Rec., p. 472 ; 25 fév. 1905, *Elect. de Chantilly*, Rec., p. 210.

4. C. d'Etat, 24 fév. 1905, *Elect. de Honfleur*, Rec., p. 197.

5. C. d'Etat, 11 juin 1926, *Elect. de la Mekerra*, Rec., p. 588.

6. C. d'Etat, 27 janv. 1905, *Elect. de Brouillet*, Rec., p. 81.

7. C. d'Etat, 26 mars 1904, *Elect. de Berrouaghia*, Rec., p. 308.

8. C. d'Etat, 18 avril 1905, *Elect. de Ferrières*, Rec., p. 409.

de sa décision pour détournement de pouvoir, à condition, toutefois, d'avoir fait inscrire des réserves au procès-verbal. Il peut être utile encore d'intervenir auprès du préfet, en lui exposant l'illégalité du motif d'éviction, afin d'obtenir qu'il se refuse à approuver le procès-verbal.

Il y a aussi incompatibilité entre le mandat de conseiller général et la fonction d'entrepreneur des services départementaux dans le département (loi du 10 août 1871, art. 10) ; par contre, un député ou un sénateur peuvent être déclarés adjudicataires.

Proclamation de l'adjudicataire. — Le bureau d'adjudication proclame l'adjudicataire ; mais, il n'est pas tenu d'en proclamer un dans toutes les adjudications, il doit même s'en garder lorsque les soumissionnaires, loin de consentir des rabais, présentent des soumissions comportant une augmentation sur les prix du devis¹. L'hypothèse n'est pas chimérique, c'est même un cas fréquent à l'heure actuelle. Il appartient à l'administration de procéder à une nouvelle adjudication ou de traiter de gré à gré. Il en est de même lorsqu'une limite de rabais ayant été fixée, aucune offre ne rentre dans cette limite.

La question de savoir si le bureau d'adjudication peut, tant que les opérations ne sont pas terminées, substituer au candidat proclamé adjudicataire un autre soumissionnaire, a été tranchée par un arrêt récent du Conseil d'Etat², duquel il résulte que le bureau peut rapporter sa déclaration verbale et pro-

1. C. de préfecture des Bouches-du-Rhône, 19 juin 1928, *Le Blanc*.

2. C. d'Etat, 4 juin 1935, *Société Huet, Rec.*, p. 656.

noncer l'adjudication au profit d'un second candidat, lorsqu'il a constaté que ce dernier avait présenté une soumission comportant un rabais supérieur à celui du premier candidat proclamé. Certes, « il est de jurisprudence que le procès-verbal d'une adjudication ne peut être modifié¹; mais, s'il en est ainsi, c'est parce que les pouvoirs du bureau sont expirés dès la clôture des opérations; tant que la commission fonctionne, elle est maîtresse de ses décisions à la seule condition que celles-ci ne soient pas illégales; au surplus, dans l'espèce qui a donné lieu à l'arrêt indiqué ci-dessus, si le bureau n'avait pas rectifié l'erreur commise par lui, le préfet n'aurait pas approuvé l'adjudication, et s'il l'avait approuvée, le concurrent injustement évincé aurait pu former un recours devant le Conseil d'Etat, aux fins d'annulation de l'adjudication et même demander une indemnité à la commune². C'est donc à bon droit que le Conseil d'Etat a rejeté le pourvoi dont il avait été saisi par le soumissionnaire qui avait été déclaré, verbalement, adjudicataire par suite d'une erreur, en quelque sorte matérielle, du bureau »³.

Les privilégiés. — Nous avons déjà parlé des privilèges accordés, en matière de cautionnement, aux *sociétés d'ouvriers*. Un autre avantage, plus important peut-être, réside dans le fait qu'à égalité de rabais entre une offre d'entrepreneur et celle d'une société d'ouvriers, cette dernière doit être préférée, et si cette offre est de toutes la plus avantageuse, la société doit

1. Cf. Monsarrat, *op. cit.*, n° 127 bis.

2. Cf. Monsarrat, *op. cit.*, n° 134 et suiv.

3. Observations des *Annales de la Voirie*, fév. 1937, 2^e partie, p. 28.

être proclamée adjudicataire. Si plusieurs sociétés d'ouvriers offraient le même rabais, il y aurait lieu de procéder à une réadjudication entre elles, après nouvelles soumissions ; au cas où lesdites sociétés s'y refuseraient ou si les nouveaux rabais n'étaient pas différents des premiers, il serait procédé à un tirage au sort.

Quant aux *Coopératives d'artisans*, nous avons vu que certains travaux leur sont réservés¹.

Notons, qu'en aucun cas, il n'appartient au Conseil d'Etat de proclamer le titulaire d'une adjudication : c'est toujours à l'administration que ce droit revient².

Fin de l'adjudication. — Toute difficulté survenant pendant l'adjudication est examinée immédiatement et résolue par la Commission d'adjudication à la majorité des voix, sauf le recours de droit (loi du 5 avril 1884, art. 89 ; Instruction, guerre 1921, art. 19 ; C.C.G. Marine, art. 9. § 4 et 6). Les décisions de la commission sont définitives et sans appel ; les réclamations des soumissionnaires, s'il y en a, sont l'objet d'une mention au procès-verbal.

Le préfet ne saurait en procédant à l'adjudication d'une entreprise de travaux publics, modifier, par une déclaration faite en dehors du cahier des charges, les clauses et conditions arrêtées par l'autorité supérieure³.

Procès-verbal d'adjudication. — A la suite des opérations de la commission d'adjudication, un procès-verbal relatant toutes les circonstances de l'adjudica-

1. V. *supra*, p. 65.

2. C. d'Etat, 2 mai 1934, *Syndicat d'entreprises générales*, *Rec.*, p. 514.

3. C. d'Etat, 25 nov. 1852, *Quatranvaux et autres*, *Rec.*, p. 512.

tion et ses résultats est rédigé ; il mentionne également les difficultés rencontrées au cours de la séance, ainsi que les réclamations et protestations faites, séance tenante, par un ou plusieurs soumissionnaires ; il fait mention, le cas échéant, de l'absence de toute réclamation (Décret de 1882, art. 15 ; loi du 5 avril 1884, art. 89 ; Instruct. guerre, 1921, art. 19). Il constitue un des documents du contrat. Il est signé par l'adjudicataire qui se trouve ainsi engagé juridiquement envers l'administration, encore bien que ce ne soit pas la conclusion du contrat ; en effet, la signature du procès-verbal par l'adjudicataire n'est pas indispensable, sa signature au bas de la soumission suffit (Instruct. 1921, art. 22 ; C.C.G. Marine, art. 32). L'engagement pris par l'adjudicataire en signant la soumission ou le procès-verbal d'adjudication est uniquement de maintenir son offre pendant un certain délai. C'est une certitude pour l'administration que le candidat a bien l'intention d'exécuter le contrat.

Au reste, l'engagement de l'adjudicataire n'est pas éteint par son refus de signer le procès-verbal, puisqu'il est engagé par sa soumission, et l'Etat pourrait, dans ce cas, conserver les sommes déposées en garantie, à titre de dommages-intérêts.

Le procès-verbal est encore signé par les cautions de l'adjudicataire, par les réclamants et par les membres de la commission d'adjudication.

Le procès-verbal d'adjudication est un acte authentique faisant preuve, en ce qui concerne les énonciations ayant trait à l'opération elle-même, jusqu'à

inscription de faux¹. Les déclarations de plusieurs conseillers municipaux ne sauraient prévaloir contre les énonciations du procès-verbal d'adjudication², pas plus que les éléments d'appréciation tirés des soumissions présentées³, ou des autres pièces du marché. Les indications du procès-verbal corrigent toutes autres indications contenues au devis ou autres pièces et doivent prévaloir sur elles⁴.

Clause de surenchère. — Réadjudication

C'est une clause figurant dans certains cahiers des charges et qui autorise les entrepreneurs à offrir, après la proclamation de l'adjudicataire, un rabais supérieur à celui consenti par ce dernier.

Si des offres de rabais, d'au moins 10 % sur le prix de l'adjudication, se présentent, pendant le délai fixé par le cahier des charges et qui ne doit pas dépasser vingt jours, il est procédé à une réadjudication entre l'adjudicataire et l'auteur ou les auteurs des offres de rabais, « pourvu qu'ils aient, préalablement à leurs

1. C. d'Etat, 6 mai 1931, *Beaufils et Césari, Rec.*, p. 489 ; 4 juin 1935, déjà cité.

2. C. d'Etat, 28 janv. 1887, *Commune d'Estivaux, D.*, 88.3.51 : « Cons. que les éléments d'appréciation produits par la commune, ainsi que la preuve par elle offerte, ne sauraient prévaloir contre les énonciations du procès-verbal d'adjudication, etc... ».

3. C. d'Etat, 16 déc. 1892, *Lalanne, Rec.*, p. 923 : « Cons. que le sieur L. est fondé à soutenir que les éléments d'appréciation tirés des soumissions présentées au bureau ne sauraient prévaloir contre les énonciations du procès-verbal d'adjudication ; qu'au bas de ce document figure la signature G.D., apposée par le sieur G.D., en qualité d'adjudicataire de la construction du groupe scolaire ; que, d'ailleurs, cet entrepreneur a seul dirigé et exécuté les travaux ; que, dans ces circonstances, c'est à tort que l'arrêté attaqué a déclaré que le sieur J.D. devait être considéré comme le véritable adjudicataire et qu'il y a lieu d'en prononcer l'annulation ».

4. C. d'Etat, 10 juin 1932, *Bigot, Rec.*, p. 572.

offres, satisfait aux conditions imposées par le cahier des charges pour pouvoir se présenter aux adjudications » (Décret de 1882, art. 16).

En matière d'adjudication restreinte, le ministre peut refuser d'admettre à une réadjudication un des concurrents primitivement admis à l'adjudication. (Décret de 1882, art. 3)¹.

Lorsque le cahier des charges prévoit qu'il pourra être procédé à une réadjudication dans les conditions précisées ci-dessus, le premier adjudicataire ne saurait prétendre avoir des droits acquis au maintien de la première adjudication qui ne constitue qu'une adjudication à titre provisoire, alors surtout qu'il a signé le procès-verbal, sans formuler aucune réserve². La légalité d'une semblable disposition du cahier des charges ne saurait être contestée.

Les conditions de la réadjudication doivent être exactement les mêmes que celles de l'adjudication primitive. Au cas contraire et notamment, si une interprétation nouvelle et divergente était donnée à certaines dispositions des pièces du marché, l'adjudi-

1. C. d'Etat, 18 nov. 1904, *Mortier*, D., 06.3.55 : « Cons. que la réadjudication à la folle enchère doit avoir lieu aux mêmes conditions de forme et de fond que l'adjudication primitive ; cons. que l'adjudication prononcée le (.....) au profit du sieur M. rentrait dans la catégorie des adjudications à forme restreinte, pour lesquelles le ministre des Travaux publics, en vertu de l'art. 3 du décret de 1882, arrête la liste des concurrents (.....) ; cons. que si le ministre a refusé d'autoriser les sieurs R. et V., à concourir à la réadjudication à la folle enchère, bien qu'ils eussent été admis à soumissionner lors de la première adjudication, il résulte de l'instruction que cette exclusion prononcée en vertu du droit conféré audit ministre (.....), et sur l'avis du conseil général des Ponts et Chaussées, ne peut être considérée comme ayant eu pour effet, dans l'espèce, de priver le sieur M. des garanties de concurrence et de publicité auxquelles il pouvait avoir droit ».

2. C. d'Etat, 6 juill. 1894, *Condomines*, D., 95.3.63.

cataire primitif serait fondé à soutenir que les résultats de la réadjudication ne lui sont pas opposables ¹.

1. C. d'Etat, 5 juill. 1933, *Dotlo, Rec.*, p. 740 : « Cons. que lors de la réadjudication des travaux adjugés au sieur D., une circulaire a été adressée aux concurrents, interprétant les dispositions du bordereau des prix relatif aux remblais dans un sens différent de celui que le Conseil de préfecture leur avait reconnu par une décision devenue définitive et qui faisant partie des pièces du nouveau marché, a eu pour but et pour effet de rendre contractuelles à l'égard du nouvel adjudicataire des sujétions que cette même décision avait au regard de l'entrepreneur primitif déclaré extra-contractuelles ; que, dès lors (.....) le sieur D., est fondé à soutenir que les concurrents se sont trouvés placés dans des conditions différentes et que, par suite, les résultats de la réadjudication ne lui sont pas opposables ».

CHAPITRE IV

SITUATION DE L'ADJUDICATAIRE

I

PORTÉE DE L'ENGAGEMENT DE L'ADJUDICATAIRE JUSQU'À L'APPROBATION DE L'ADJUDICATION

L'engagement de l'adjudicataire consiste uniquement dans le maintien de son offre pendant un certain délai. « Si à l'expiration de ce délai l'administration n'a pas conclu, l'adjudicataire peut retirer son offre.

« L'acceptation de l'administration notifiée après le délai est tardive. Le contrat ne se formera pas si l'adjudicataire s'y refuse en retirant son offre.

« Le retrait de l'offre doit être fait par écrit »¹. De telle sorte que le contrat n'est pas formé par la proclamation de l'adjudicataire, mais par l'approbation de l'adjudication donnée par l'autorité publique compétente ; l'adjudicataire jusqu'à la notification de l'approbation n'est qu'un adjudicataire provisoire. Son droit à être déclaré adjudicataire définitif est relativement précaire, puisque l'administration n'est

1. Jèze, *Les contrats*, 1932, p. 116 et suiv.

pas obligée de conclure avec lui, elle peut refuser sans encourir aucune responsabilité : elle exerce son pouvoir discrétionnaire de choisir son cocontractant.

De plus l'administration peut garder le silence, l'adjudicataire n'a à sa disposition ni mise en demeure d'avoir à signer, ni recours contentieux. Il ne peut que retirer son offre, lorsque le délai fixé est expiré.

« Si l'approbation du marché n'a pas été notifiée à l'adjudicataire dans un délai qui courra de la date du procès-verbal d'adjudication, et qui sera de dix ou de trente jours, suivant que cette approbation sera donnée par le préfet ou le ministre, l'adjudicataire sera libre de renoncer à l'entreprise et, sur la déclaration écrite de cette renonciation, il lui sera donné mainlevée de son cautionnement ». (C.C.G. Ponts, art. 5).

Tant que le marché n'est pas approuvé, le ministre peut, sans tenir compte des adjudications déjà tentées, ordonner qu'il sera procédé à une nouvelle adjudication et cette décision constitue un acte purement administratif, accompli par ledit ministre dans la limite de ses pouvoirs et non susceptible d'être déféré au Conseil d'Etat par la voie contentieuse¹.

Pendant cette période, où il n'est que provisoire, l'adjudicataire ne peut modifier sa soumission en y introduisant des réserves nouvelles².

L'examen de ces idées nous conduit à ranger l'adju-

1. C. d'Etat, 17 janv. 1849, *Cosse, Rec.*, p. 53.

2. C. d'Etat, 26 juill. 1854, *Malboz, D.*, 55.3.44 : « Le soumissionnaire déclaré adjudicataire d'une entreprise de T.P. n'a pas la faculté, jusqu'à l'approbation ministérielle qui doit intervenir pour donner au contrat son caractère obligatoire de modifier sa soumission par des réserves nouvelles, ou de faire accepter par l'administration l'interprétation qu'il donne aux clauses du cahier des charges ».

adjudication, du point de vue de sa nature juridique, dans les *actes-conditions unilatéraux*. C'est « un acte juridique qui conditionne la régularité de l'exercice de la compétence de l'autorité publique compétente pour conclure le contrat. L'adjudication ne crée aucune situation juridique ni individuelle, ni générale. L'adjudication est l'accomplissement de cette condition d'exercice de la compétence. C'est donc un acte-condition au sens technique de l'expression »¹.

II

APPROBATION DE L'ADJUDICATION

L'adjudication ne devient définitive qu'après avoir été approuvée : «Sauf les exceptions spéciales autorisées ou résultant des dispositions particulières à certains services, les adjudications et réadjudications sont subordonnées à l'approbation du ministre, et ne sont valables et définitives qu'après cette approbation. Les exceptions spécialement autorisées doivent être relatées dans le cahier des charges » (Décret de 1882, art. 17).

Le contrat est alors conclu et l'adjudicataire, de provisoire qu'il était depuis sa proclamation par la commission d'adjudication, devient adjudicataire définitif, à la condition, toutefois, que l'approbation « soit donnée et notifiée dans le délai ou que, si la signification intervient après le délai, l'adjudicataire n'ait pas déjà retiré ou ne retire pas son offre dans les délais prévus par le cahier des charges »².

1. Jèze, *op. cit.*, p. 123.

2. Jèze, *op. cit.*, p. 120 ; V. encore C.C.G. Marine, art. 32, § 5.

L'autorité compétente pour approuver l'adjudication est, en général, le préfet au nom du ministre ; le ministre n'intervient que dans les cas difficiles, lorsqu'il y a des réclamations ou des protestations, ou que l'ingénieur en chef en a fait la demande¹. En effet, si l'adjudicataire a été proclamé, malgré l'opposition de l'ingénieur en chef, mention de son opposition est faite au procès-verbal d'adjudication et celui-ci est soumis à l'approbation du ministre ; l'ingénieur en chef doit y joindre un rapport établissant les motifs de son opposition.

L'approbation du ministre est encore nécessaire lorsque les travaux ayant été divisés en plusieurs lots, tous les lots n'ont pas été adjugés ; ou lorsque, dans les marchés de la guerre, le soumissionnaire proclamé adjudicataire est parent ou allié de l'un des membres de la commission.

L'approbation irrégulière, c'est-à-dire donnée par une autorité non compétente, ou au-delà de ses pouvoirs par une autorité compétente, empêche le contrat de se former.

Quant à l'approbation implicite, résultant du silence de l'administration, nous avons montré qu'elle était impossible : non seulement, le silence gardé par l'administration pendant les délais fixés pour l'approbation ne vaut pas approbation, mais encore il autorise l'adjudicataire provisoire à retirer son offre et à rompre ainsi le projet de contrat.

1. C.C.G. Ponts, art. 5 : « L'adjudication n'est valable qu'après qu'elle a été approuvée par le préfet, au nom du ministre, si elle n'a donné lieu à aucune réclamation ou protestation, et par le ministre, dans les autres cas ».

L'approbation doit donc être expresse, non équivoque, sans pour autant devoir revêtir une forme déterminée. En particulier, l'autorisation préalable donnée par le ministre, notamment pour une modification à apporter au marché, équivaut à l'approbation.

L'autorité chargée d'approuver les adjudications peut également réformer les décisions de la commission d'adjudication : notamment, elle peut prononcer l'annulation de la proclamation de l'adjudicataire et décider qu'il sera procédé à une nouvelle adjudication ou à un marché de gré à gré, car l'adjudication, dans ce cas, n'est pas obligatoire, à condition toutefois que l'annulation de l'adjudication primitive ait eu lieu pour des motifs sérieux. Les motifs pouvant être considérés comme susceptibles d'entraîner l'annulation et d'autoriser la passation d'un marché de gré à gré sont que les prix demandés étaient inacceptables, ou qu'il y avait urgence et que le bien du service ne comportait pas les retards qu'entraînerait une nouvelle adjudication.

L'autorité chargée d'approuver peut encore, après avoir annulé la proclamation de l'adjudicataire, rétablir directement le soumissionnaire ayant fait l'offre la plus avantageuse et indûment exclu¹.

Refus d'approuver. — Le droit de l'autorité compétente de refuser son approbation est établi par le décret de 1882, article 17 et par l'ordonnance de 1837, article 10. C'est un acte accompli par le ministre dans

1. C. d'Etat, 26 avril 1901, *Pénicaud*, D., 02.3.85 ; *contra*, 26 janv. 1877, *Toinet*, *Rec.*, p. 109.

la limite de ses pouvoirs¹. Des décrets étendent ce droit aux gouverneurs généraux des colonies².

Le refus d'approuver est fondé lorsque des « manœuvres frauduleuses ont été employées pour empêcher les concurrents de l'adjudicataire de prendre part à l'adjudication »³, ou lorsque l'adjudication a été viciée par des irrégularités⁴, ou encore lorsque l'adjudicataire ne présentait pas les garanties suffisantes pour la bonne exécution du contrat⁵. L'approbation peut encore être refusée s'il n'a pas été satisfait aux règles concernant la publicité de l'adjudication. Par contre, le ministre ne peut fonder sa décision de refus sur un motif de droit erroné⁶.

1. C. d'Etat, 16 mars 1894, *Lhermitte, Rec.*, p. 218 : « Cons. qu'en refusant d'approuver l'adjudication tranchée au profit du requérant, le ministre n'a fait qu'user de la faculté qui lui est réservée par l'art. 17 du décret de 1882 ; qu'ainsi le sieur L., n'est pas fondé à prétendre que pour la première décision attaquée, le ministre est sorti du cercle de ses attributions ; cons. qu'en l'absence d'une disposition du cahier des charges d'après laquelle il aurait dû, après le refus d'approbation par le ministre, être procédé à une adjudication nouvelle, le sieur L., ne justifie d'aucun droit auquel il aurait été porté atteinte par la décision ratifiant le marché passé de gré à gré avec le sieur V.. ».

2. C. d'Etat, 17 mai 1895, *Crébessac, Rec.*, p. 424 : « Cons. qu'en refusant d'approuver l'adjudication tranchée provisoirement au profit du requérant, le gouverneur général de l'Indo-Chine n'a fait qu'user des pouvoirs d'administration qui lui appartiennent en vertu du décret du 12 nov. 1887 ».

3. C. d'Etat, 1^{er} août 1928, *Schwall, Rec.*, p. 975.

4. C. d'Etat, 18 oct. 1929, *Bonvehl, Rec.*, p. 915 ; 23 nov. 1932, *Spinetta, Rec.*, p. 986.

5. C. d'Etat, 9 juill. 1924, *Anselme et Cie, Rec.*, p. 662 : « Cons. que la décision du bureau admettant à concourir les sieurs A., n'a pu priver l'autorité chargée d'approuver l'adjudication du droit d'examiner si les requérants présentaient effectivement des garanties suffisantes pour la bonne exécution du marché ; que, dès lors, en refusant son approbation pour le motif qu'ils ne présentaient pas ces garanties, le préfet n'a fait qu'user des pouvoirs d'appréciation qui lui ont été confiés dans l'intérêt du service ».

6. C. d'Etat, 9 mars 1934, *Société les cimentiers et maçons d'art, Rec.*, p. 329 : « Cons. que, si le ministre tient de l'art. 17 du décret de 1882 et de l'art. 6 du C.C.G. applicable aux marchés de travaux publics de la marine du 21 fév. 1912, le droit de refuser d'approuver, par une appréciation de l'intérêt du service, l'adjudication prononcée à titre provisoire au profit du concurrent ayant présenté la sou-

Le fait pour un candidat de bénéficier d'une *loi d'amnistie* ne porte pas atteinte au droit de l'administration de l'écarter de l'adjudication « à raison des faits qui, s'ils ne peuvent plus, par suite de l'amnistie, servir de base à des poursuites, ni à des condamnations, sont appréciés par elle comme devant entraîner le refus d'approbation de l'adjudication prononcée en faveur de celui qui les a commis » (C. d'Etat, *Anselme et C^o*, déjà cité).

L'approbation de l'adjudication ou le refus de l'approuver constituent des actes de pure administration, en conséquence, aucun recours contentieux devant le Conseil d'Etat n'est admis : la jurisprudence est nettement fixée dans ce sens¹. Toutefois, si le motif du refus était nettement illégal, il semble que le recours serait admis.

mission la plus avantageuse, il ne peut fonder sa décision de refus sur un motif de droit erroné. Cons. qu'il résulte des pièces du dossier (.....), que l'adjudication provisoire prononcée par la commission le (.....) au profit de la Société qui avait demandé le plus bas prix, a été annulée par l'autorité supérieure, motif pris de ce que ladite Société n'aurait pas en soumissionnant déposé le cautionnement exigé de tous les concurrents ; cons. qu'aux termes de l'art. 7 du cahier des charges particulières mis à la disposition des entrepreneurs avant l'adjudication « les sociétés d'ouvriers français sont dispensées de fournir un cautionnement » ; qu'il suit de là que l'administration ne pouvait déclarer irrégulière la soumission de la Société requérante pour défaut de versement du cautionnement et que le commandant de la marine à R., en prononçant pour ce motif (.....), et le ministre, en refusant de faire droit à la réclamation formée contre ladite décision par la société, ont excédé leurs pouvoirs ».

1. C. d'Etat, 28 fév. 1873, *Bénac, Rec.*, p. 203 : « Cons. qu'aux termes du devis général des travaux du service du génie (.....), l'adjudication à laquelle il a été procédé n'était valable et définitive qu'après avoir reçu l'approbation du ministre de la Guerre ; cons. que, par sa décision notifiée au sieur B., le ministre a refusé d'approuver l'adjudication passée au profit du requérant, et que l'allégation du sieur B., que cette adjudication aurait été approuvée par une décision antérieure, n'est aucunement justifiée ; cons. que le refus du ministre d'approuver une adjudication est un acte de pure administration qui ne peut être attaqué devant le Conseil d'Etat par la voie contentieuse » ; — 17 janv. 1849, *Cosse, Rec.*, p. 53 ; 31 août 1830, *Nel. Rec.*, p. 399 ; 13 fév. 1874, *Dussausoy et autres, Rec.*, p. 171.

Ne confère pas davantage à l'acte approbatif « le caractère d'une décision contentieuse, et par suite ne donne pas ouverture à un recours au Conseil d'Etat, le refus fait par le ministre, lors de l'approbation, de reconnaître comme résultant des stipulations du cahier des charges, tels effets que l'adjudicataire prétend y être implicitement compris »¹.

L'adjudicataire provisoire ne peut prétendre à aucune indemnité dans le cas où l'approbation de l'adjudication lui est refusée ; il ne peut non plus demander l'annulation de la décision de refus².

Une fois l'approbation donnée, le contrat est définitif et commence à recevoir exécution. C'est l'approbation qui lie le contrat ; elle entraîne pour l'adjudicataire deux obligations préalables à l'exécution : le versement d'un cautionnement définitif, l'acquiescement des frais d'adjudication.

§ 1. *Cautionnement définitif.* — L'adjudicataire doit fournir un cautionnement définitif ; il est fixé, à défaut de stipulations particulières dans le cahier des charges, « au trentième de l'estimation des travaux, déduction faite de toutes les sommes portées à valoir pour dépenses imprévues et ouvrages en régie. Le cautionnement définitif est constitué dans le département où se fait l'adjudication, et doit être réalisé dans les vingt jours qui suivent la notification de l'approbation du marché » (C.C.G. Ponts, art. 4).

1. C. d'Etat, 26 juill. 1854, *Malboz, Rec.*, p. 704.

2. C.C.G. Ponts, art. 5 : « L'entrepreneur ne peut prétendre à aucune indemnité dans le cas où l'adjudication n'est point approuvée ».

Constitution du cautionnement définitif. — Si le cautionnement provisoire avait été constitué en numéraire, l'adjudicataire pourra obtenir la transformation de son cautionnement provisoire en cautionnement définitif. S'il le désire, son cautionnement provisoire versé en numéraire pourra être affecté à l'achat de titres ou de valeurs du Trésor pour la constitution du cautionnement définitif : c'est une opération possible, sous la double condition que le cautionnement provisoire soit égal au montant du cautionnement définitif, et que l'administration qui a passé le marché accepte cette transformation.

Ces règles sont applicables aux marchés passés avec l'Etat et les départements, pour les marchés passés avec les communes et les établissements de bienfaisance, la transformation du cautionnement provisoire en cautionnement définitif est subordonnée à l'agrément de la commune ou de l'établissement de bienfaisance (Réponse du ministre des Finances à M.J. Faure, au *J. Off.*, du 29 novembre 1935).

Le cautionnement définitif versé à la Caisse des Dépôts et Consignations produit des intérêts dont le taux est déterminé par les règlements de cet établissement ; il n'appartient pas au Conseil de préfecture saisi d'un litige, de fixer le taux du cautionnement ¹.

Le cahier des charges spéciales peut stipuler en faveur de l'adjudicataire, la faculté de substituer au cautionnement définitif une garantie jugée équivalente : caution personnelle solidaire, affectation hypothécaire, dépôt de matières dans les magasins de l'Etat,

1. C. d'Etat, 20 juill. 1867, *Pascal, Rec.*, p. 697.

assurances, retenue jusqu'au paiement du solde d'une fraction du montant du marché. Il est statué, sur ce point, par le chef du service intéressé. La faculté de remplacer le cautionnement définitif par une caution personnelle solidaire est de règle quand il s'agit d'adjudications restreintes ou de marchés de gré à gré autres que ceux afférents à des travaux comportant un délai de garantie. (Pour les marchés des P.T.T., circulaire ministérielle du 28 avril 1930, au *J. Off.*, du 7 mai, complétant les dispositions de la circulaire du 29 mars 1929, *J. Off.*, du 18 avril p. 4535 à 4539).

La faculté de substituer au cautionnement la garantie d'un établissement spécialement agréé s'applique au cautionnement définitif comme au cautionnement provisoire¹.

Les formalités relatives à l'acceptation des cautions étant postérieures au prononcé de l'adjudication, qui libère tous les soumissionnaires autres que les adjudicataires, sont étrangères aux rapports des soumissionnaires entre eux ; en conséquence, un concurrent évincé ne saurait invoquer, pour faire annuler l'adjudication, le fait que l'entrepreneur déclaré adjudicataire aurait été autorisé, contrairement aux prescriptions du cahier des charges, à substituer des cautions à celles qu'il avait primitivement soumises à l'agrément du ministre. D'ailleurs, en cette matière, le ministre jouit, en général, d'une assez grande liberté pour agréer ou refuser la caution, « exiger le remplacement de la caution qui ne lui paraîtrait pas offrir des garanties suffisantes », ou encore pour « approuver le marché

1. V. *supra*, p. 75.

au profit de l'entrepreneur dont la première caution n'aurait pas été acceptée »¹.

Au cas où l'adjudicataire ne réaliserait pas son cautionnement dans les délais prévus, le préfet serait autorisé à proclamer sa déchéance de l'adjudication et son cautionnement provisoire serait acquis à l'Etat. Le décret de 1882, article 11 déclare, en effet, que « sont acquis à l'Etat, d'après le mode déterminé à l'article suivant, les cautionnements provisoires des soumissionnaires qui, déclarés adjudicataires n'ont pas réalisé leurs cautionnements définitifs dans les délais fixés par le cahier des charges », et article 12 que « l'application des cautionnements définitifs, à l'extinction des débets liquidés par le ministre compétent a lieu aux poursuites et diligence de l'agent judiciaire du Travail Public, en vertu d'une contrainte délivrée par le ministre des Finances ».

Restitution du cautionnement. — « Il reste affecté à la garantie des engagements contractés par l'adjudicataire jusqu'à la réception définitive des travaux. Toutefois, le ministre peut, dans le cours de l'entreprise, autoriser la restitution de tout ou partie du cautionnement » (C.C.G. Ponts, art. 4, *in fine*).

§ 2. *Frais d'adjudication.* — Il faut distinguer les droits de timbre et d'enregistrement, et les frais de publicité : les premiers sont payés par l'adjudicataire, tandis que les seconds, comprenant les publications et l'affichage, restent à la charge de l'administration.

1. C. d'Etat, 1^{er} juill. 1887, *Boutry et autres*, *Rec.*, p. 535.

Le décret de 1882, article 21, s'exprime ainsi : « Les droits de timbre et d'enregistrement auxquels donnent lieu les marchés soit par adjudication, soit de gré à gré sont à la charge de ceux qui contractent avec l'Etat. Les frais de publicité restent à la charge de l'administration ».

Les droits à payer par l'entrepreneur sont donc, les droits d'enregistrement de son marché, les droits de timbre de la minute et de l'expédition et les frais d'expédition des pièces du marché.

« L'entrepreneur acquitte les droits auxquels pourra donner lieu l'enregistrement de son marché, tels que ces droits résulteront des lois et règlements en vigueur.

« Il paye, en outre, les droits de timbre, tant de la minute que de l'expédition des pièces ci-après : le devis, le bordereau des prix, le détail estimatif, le bordereau du taux normal et courant des salaires et les autres pièces expressément désignées dans le devis comme devant servir de base au marché, enfin le procès-verbal d'adjudication.

« L'état de ces frais est arrêté par le préfet. Le montant en est versé par l'entrepreneur à la caisse du trésorier-payeur général » (C.C.G. Ponts, art. 7).

Les frais de publicité sont à la charge de l'administration, sauf en matière de travaux départementaux ou communaux où l'usage est de les faire payer par l'adjudicataire.

Remboursement des frais payés par l'entrepreneur. — Le remboursement ne peut être effectué qu'à titre de dommages-intérêts, lorsque, à la suite d'une mesure

irrégulière de l'administration, un préjudice a été causé à l'entrepreneur ¹.

Il en est ainsi, notamment, lorsque la résiliation de l'entreprise a été prononcée par suite de l'impossibilité où se trouvait l'administration de remplir ses obligations ²; par contre, lorsque la résiliation a été prononcée sur la demande de l'adjudicataire et dans son intérêt, « il n'est pas fondé à soutenir qu'il ne doit pas supporter la totalité des frais de son adjudication », et il n'a droit à aucune allocation, proportionnelle aux travaux effectués, sur la somme payée pour frais d'adjudication ³.

Pièces à délivrer à l'entrepreneur. — « Aussitôt après l'approbation de l'adjudication, le préfet délivre à l'entrepreneur, sur son récépissé, une expédition, vérifiée par l'ingénieur en chef et dûment légalisée, du devis, du bordereau des prix, du détail estimatif, du bordereau du taux normal et courant des salaires, et des autres pièces qui seraient expressément désignées dans le devis comme servant de base au marché, ainsi qu'une copie certifiée du procès-verbal d'adjudication

1. C. d'Etat, 29 déc. 1893, *Ville de Perpignan, Rec.*, p. 891 ; 19 fév. 1930, *Société Est et Sud Piketty, Rec.*, p. 196 : « Cons. qu'il est établi que l'adjudication irrégulière a causé à la Société un préjudice dont le syndicat intercommunal des eaux du Tret lui doit réparation ; que, par suite, la Société requérante est fondée à demander l'annulation de la décision implicite de rejet prise par ledit syndicat sur sa demande d'indemnité ; mais, cons. que si la Société a droit au remboursement des frais par elle exposés pour prendre part à l'adjudication, elle ne justifie d'aucun autre préjudice actuel et certain ».

2. C. d'Etat, 25 juill. 1873, *Bessan, Rec.*, p. 697 : « Cons. que la résiliation ayant été prononcée par suite de l'impossibilité où se trouvait la commune de remplir ses engagements, et non par la faute du requérant, celui-ci est fondé à demander le remboursement d'une partie de ses frais (d'adjudication, etc...) ».

3. C. d'Etat, 22 avril 1868, *Giordano, Rec.*, p. 470.

et un exemplaire imprimé des présentes clauses et conditions générales.

« L'entrepreneur peut, d'ailleurs, faire prendre copie dans les bureaux de l'ingénieur des autres pièces qui ont figuré au dossier public d'adjudication » (C.C.G. Ponts, art. 6).

Toute pièce délivrée en dehors de celles qui viennent d'être énumérées est sans valeur juridique : l'adjudicataire ne saurait s'en prévaloir pour apporter des modifications au contrat.

L'approbation de l'adjudication marquant le point de départ du contrat, il n'existe avant cette approbation aucune situation contractuelle entre l'adjudicataire provisoire et l'administration ; il y a, tout au plus, un projet de contrat : en conséquence, si le cocontractant éventuel fait des dépenses en vue du contrat projeté, il n'a droit à aucune indemnité si l'approbation lui est ensuite refusée¹, à moins que les dépenses aient été engagées sur la demande expresse de l'administration. Il pourra encore prétendre à une indemnité si ses dépenses ont profité à l'administration.

Pour tenir compte des ordres de l'administration de commencer les travaux avant la conclusion définitive du contrat, il faut que ces ordres émanent d'agents supérieurs de la hiérarchie administrative ; émanant d'agents subalternes et n'ayant pas été confirmés par écrit par les supérieurs hiérarchiques de l'auteur des ordres, il n'y aura pas lieu d'en tenir compte et le cocontractant sera sans droit à indemnité.

1. C. d'Etat, 16 mars 1921, *Société industrielle de Kapock, Rec.*, p. 302.

L'entrepreneur qui a commencé les travaux avant l'approbation de l'adjudication ne peut se prévaloir de cette omission pour demander que les ouvrages exécutés lui soient payés à des prix différents de ceux qu'il avait formellement acceptés¹.

Lorsque l'entrepreneur a commencé les travaux sans que son marché ait été régulièrement approuvé, il ne peut exiger de l'administration, au cas où les travaux ont été confiés à un autre entrepreneur, une indemnité pour perte du matériel et des matériaux qu'il avait approvisionnés².

Lorsque des travaux mis en régie, ont fait l'objet d'une adjudication, celle-ci ne comprend que les travaux restant à exécuter au jour de l'approbation de l'adjudication ; en conséquence, l'adjudicataire ne saurait se plaindre de ce que la régie ait continué les travaux après l'adjudication jusqu'au jour de l'approbation ministérielle, et soutenir que ces travaux lui ont été indûment retirés³.

III

CONCLUSION DU CONTRAT

L'adjudication une fois devenue définitive par l'ap-

1. C. d'Etat, 15 fév. 1907, *Ville de Grenoble, Rec.*, p. 163.

2. C. d'Etat, 13 janv. 1888, *Martineau, Rec.*, p. 33.

3. C. d'Etat, 24 avril 1885, *Goupil, Rec.*, p. 439 : « Cons. que le marché passé entre l'Etat et le sieur G., avait pour objet les travaux restant à exécuter au jour de l'adjudication pour l'achèvement du premier lot de la ligne de M. à M. ; qu'à l'époque de la mise en adjudication, les travaux dudit lot étaient en cours d'exécution par voie de régie ; que l'exécution en régie a cessé le 25 avril 1880, aussitôt que l'adjudication prononcée le 9 avril a pu recevoir l'approbation ministérielle ; que, dans ces circonstances, l'administration en poursuivant ladite exécution en régie du 9 au 25 avril n'a distrait de l'entreprise du sieur G., aucune partie des travaux qui, d'après la commune intention des parties, devait y être compris... ».

probation, le contrat est conclu et l'entrepreneur adjudicataire a un droit acquis à l'exécution de tous les ouvrages figurant au procès-verbal d'adjudication ; à l'inverse, il demeure personnellement responsable de la totalité des travaux, même si, avec le consentement de l'administration, il en a cédé une partie à des sous-traitants.

A défaut d'indication contraire, le point de départ pour l'exécution du contrat est le jour de la notification de la conclusion du contrat (Instruction, guerre, 1921, art. 23).

L'adjudicataire peut avoir des associés mais s'ils ne sont pas mentionnés dans le procès-verbal d'adjudication, ils ne peuvent figurer dans les instances contre l'administration ; il en va différemment en cas d'accord entre l'administration et l'adjudicataire pour adjoindre à ce dernier un coadjudicataire : le Conseil de préfecture ne saurait, sans violer l'accord intervenu, déclarer que l'adjudicataire primitif était demeuré seul adjudicataire¹.

Adjudication conjointe. — Lorsque plusieurs entrepreneurs ont été déclarés adjudicataires d'un travail public, ils sont tenus, non seulement vis-à-vis de

1. C. d'Etat, 14 avril 1905, *Ministre des T.P.*, *Rec.*, p. 392 : « Cons. que par leurs lettres du 22 juin, le sieur P., qui avait été déclaré le jour même adjudicataire d'une section du canal de la M. à la S., et le sieur M., ont demandé au ministre des T.P. d'autoriser l'adjonction de ce dernier au sieur P., comme coadjudicataire desdits travaux, et que, par sa décision du 18 juill. suivant, le ministre a accueilli cette demande, qu'un accord s'est ainsi établi entre l'administration et les sieurs P. et M. pour substituer ces derniers à titre de coentrepreneurs aux droits et obligations qui résultaient pour le premier d'entre eux, de l'adjudication prononcée à son profit ; qu'il suit de là qu'en déclarant que le sieur P., était demeuré seul adjudicataire des travaux, l'arrêté attaqué a méconnu la portée de l'accord ci-dessus rappelé et les droits de l'administration à l'égard des sieurs P. et M. ».

l'administration, mais aussi vis-à-vis des tiers à l'exécution du travail pour le tout ; en particulier, ils doivent assurer le paiement des salaires de leurs ouvriers, alors même qu'ils auraient divisé le travail entre eux ¹.

Variation des prix entre l'adjudication et son approbation. — Une fois l'adjudication devenue définitive, l'adjudicataire ne peut invoquer la théorie de l'imprévision pour demander une révision de son marché, alors que les renchérissements dont il se prévaut se sont produits avant l'approbation ; il lui appartenait, s'il le jugeait opportun, de renoncer à son marché avant la notification de la décision d'approbation ².

Destinée du contrat à la suite d'un recours en annulation de l'adjudication. — Nous verrons dans le chapitre suivant que les tiers et, en particulier, les concurrents évincés peuvent former un recours en annulation de l'adjudication qu'ils estiment irrégulière. Si le recours triomphe, il n'entraînera pas, *ipso facto*, l'annulation du contrat entre les parties ; celles-ci demeurent liées par les termes du contrat : l'adjudicataire reste tenu à l'exécution des travaux, sauf à saisir le juge du contrat d'un recours aux fins de faire déterminer l'influence que peut avoir l'annulation sur le contrat

1. Cass. Req., 15 nov. 1911, *Védrenne et Goursat*, D., 13.1.1167.

2. C. d'Etat, 15 janv. 1932, *Société Limousin*, Rec., p. 64 : « Cons. que le marché dont s'agit, a été passé le 23 oct. ; qu'à cette dernière date la Société, qui n'avait point cru devoir faire usage du droit qu'elle tenait de l'art. 4 du C.C.G. de renoncer à son marché antérieurement à l'approbation ne pouvait pas ne pas faire entrer dans ses prévisions le renchérissement des matières premières qui s'était déjà manifesté d'une façon sensible entre le 19 avril et le 23 oct. ; que ce renchérissement constituait un des aléas du contrat qui doit demeurer à la charge de la Société ; qu'ainsi c'est à bon droit que le Conseil de préfecture a refusé d'accorder à celle-ci la révision des prix de son marché pour imprévision ».

lui-même, mais ce n'est pour lui qu'une faculté et non une obligation.

Si, par contre, l'annulation intervenait avant la conclusion définitive du contrat, celui-ci ne devrait pas être conclu ; il y aurait lieu de procéder à une nouvelle adjudication. Si, cependant, il était conclu, sans passer par l'adjudication, il y aurait méconnaissance de la chose jugée et le contrat serait annulable comme passé sans adjudication ; l'une des parties contractantes, à l'exception des tiers qui n'ont pas de droit lésé, pourrait saisir le juge du contrat d'un recours en annulation, en se prévalant de l'annulation prononcée par le Conseil d'Etat, même si cette dernière était intervenue sur le recours d'un tiers.

La jurisprudence est aujourd'hui bien fixée : le recours pour excès de pouvoir reste possible contre la délibération ou contre l'adjudication ayant servi de base au contrat, même après la conclusion du contrat définitif. Mais, le Conseil d'Etat, juge de l'excès de pouvoir, n'a pas à statuer sur la question de la validité du contrat, celle-ci reste de la compétence du juge du contrat¹.

IV

SITUATION DE L'ADJUDICATAIRE

APRÈS LA CONCLUSION DU CONTRAT

AU POINT DE VUE DES RECOURS JURIDICTIONNELS

Toutes les difficultés qui peuvent surgir entre l'administration et l'adjudicataire après la conclusion du contrat, et relatives à son exécution sont de la

1. Cf. Jèze, *op. cit.*, p. 137 à 147.

compétence du juge du contrat : Conseil d'Etat, Conseils de préfecture, tribunaux civils ; tandis que les difficultés survenant au cours de la procédure de l'adjudication publique relèvent du recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat.

Ainsi, l'adjudicataire prétendant poursuivre l'annulation du contrat devenu définitif, n'a qu'un moyen : s'adresser au juge du contrat et lui demander d'en prononcer l'annulation. Le recours pour excès de pouvoir au Conseil d'Etat est impossible : le Conseil d'Etat n'a pas à statuer sur la validité d'un contrat qui reste de la compétence du juge du contrat. C'est une conséquence de la distinction entre l'adjudication et le contrat définitif.

Si même l'adjudicataire prétendait attaquer par le recours pour excès de pouvoir, un des actes administratifs ayant concouru à la formation de son contrat, il ne le pourrait ; le contrat étant devenu définitif par l'approbation de l'adjudication, « les actes administratifs, délibérations des corps électifs ou actes de tutelle qui concourent à former un contrat, ne peuvent être attaqués et annulés pour excès de pouvoir, en tant qu'actes administratifs, qu'autant que le contrat n'est pas encore définitif ; une fois, au contraire que le contrat est devenu définitif par l'approbation de l'autorité supérieure et qu'il est en cours d'exécution, les actes administratifs se trouvant incorporés au contrat lui-même, en font partie intégrante, et ne peuvent plus en être détachés au point de vue des recours contentieux dont ils seraient individuellement susceptibles »¹.

1. Conclusions de M. Romieu, commissaire du gouvernement, dans C. d'Etat, 4 août 1905, *Martin, Rec.*, p. 749.

L'origine de cette doctrine réside dans l'idée qu'il importe de sauvegarder les droits qui ont pu naître de l'exécution du contrat, de les laisser, en conséquence, sous la protection du juge du contrat.

D'où cette conclusion, que si un recours pour excès de pouvoir a été introduit, le juge de l'excès de pouvoir se trouve dessaisi par le fait de la réalisation du contrat, et que le recours devient, *ipso facto*, non recevable.

CHAPITRE V

SITUATION DES CONCURRENTS ÉVINCÉS

Dans les chapitres précédents, nous avons examiné, à propos de chacune des règles de l'adjudication publique, les sanctions établies pour réprimer leur inobservation. Les sanctions sont mises en jeu par les recours que forment soit l'administration, soit l'adjudicataire, soit les tiers et parmi ceux-ci principalement les concurrents évincés. Les recours ouverts à l'administration et à l'adjudicataire ont été examinés ; il reste à voir les recours juridictionnels dont disposent les concurrents évincés : ce sera l'objet du présent chapitre.

Voies de recours ouvertes aux intéressés. — Nous avons vu les recours ouverts aux intéressés dans l'hypothèse où, en dépit des lois et règlements prescrivant l'adjudication, l'administration a passé un marché de gré à gré¹.

Nous nous proposons maintenant d'examiner la situation des concurrents évincés dans l'hypothèse où l'adjudication ayant eu lieu, elle a été viciée par des irrégularités.

1. V. *supra*, chap. I.

Les irrégularités dont peuvent être entachées les adjudications publiques ont été indiquées au cours de ce travail : rappelons brièvement les principales : inobservation des règles fondamentales de publicité, concurrence ou égalité — c'est généralement la violation de cette dernière règle qui formera l'objet d'un grief —, proclamation comme adjudicataire d'un soumissionnaire n'ayant pas fait le plus fort rabais, exclusion du soumissionnaire ayant fait l'offre la meilleure pour la raison qu'il avait, dans sa soumission, fait des réserves sur la légalité de certaines clauses du cahier des charges, etc...

Il est à remarquer que toute irrégularité n'entraîne pas l'annulation de l'adjudication, il faut tenir compte de l'influence qu'elle a pu exercer sur les résultats de l'adjudication ; en pratique : la violation d'une formalité n'entraîne la nullité du marché que s'il s'agit d'une formalité essentielle.

En 1866, le Conseil d'Etat déclarait que les règles sur l'adjudication n'avaient aucune sanction juridictionnelle, étant établies dans l'intérêt exclusif de l'administration et, qu'en conséquence, les soumissionnaires évincés n'avaient aucun droit à former un recours contre les irrégularités dont ils avaient été victimes. Seule la voie administrative, sous forme de réclamation devant l'autorité compétence pour approuver l'adjudication, leur était ouverte¹.

Depuis, le Conseil d'Etat a modifié sa jurisprudence et, reconnaissant que l'adjudication existe aussi dans l'intérêt des administrés, il a, en 1868,

1. C. d'Etat, 29 nov. 1866, *Gris, Rec.*, p. 1085.

déclaré recevable le recours pour excès de pouvoir formé à raison d'irrégularités dans une adjudication publique ¹.

Actuellement, trois voies de droit sont ouvertes aux concurrents évincés :

- I. La voie administrative,
- II. Le recours pour excès de pouvoir,
- III. Le recours en indemnité.

I

RÉCLAMATION ADMINISTRATIVE

Les concurrents qui estiment qu'une irrégularité a été commise pendant les opérations de l'adjudication, ont la faculté de formuler des observations devant le bureau d'adjudication. Le bureau statue provisoirement sur ces difficultés.

Les concurrents peuvent également demander que leurs observations soient inscrites au procès-verbal. Ils peuvent, enfin, s'adresser à l'autorité publique compétente pour approuver l'adjudication : pratiquement, au ministre si leurs réclamations ont été mentionnées au procès-verbal d'adjudication et s'il s'agit des marchés de l'Etat ².

Le soumissionnaire qui a fait l'offre la plus avantageuse et n'a pas été proclamé adjudicataire peut s'adresser, tant que l'adjudication n'est pas définitive, à l'autorité compétente pour approuver l'adjudication

1. C. d'Etat, 9 janv. 1868, *Servat, Rec.*, p. 13 et les conclusions de M. Aucoc, commissaire du gouvernement.

2. Instruct. sur les marchés de la guerre, art. 20, al. 3.

et lui demander de refuser son approbation, et, également, de réformer la décision du bureau d'adjudication en le proclamant directement adjudicataire.

II

RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR

§ 1. *Qualité pour former le recours.* — Pour intenter le recours pour excès de pouvoir, il faut avoir qualité, c'est-à-dire avoir un intérêt personnel à l'annulation de l'adjudication irrégulière. Seuls les entrepreneurs ayant participé aux opérations de l'adjudication sont admis à former le recours¹; mais, à cette condition, tous les soumissionnaires indistinctement peuvent attaquer l'adjudication irrégulière.

Celui qui a été écarté par le bureau n'est pas recevable², à moins que, la décision d'exclusion étant motivée, il soit en mesure d'invoquer une inexactitude en droit ou en fait dans les motifs³, ou qu'il puisse faire la preuve que son éviction a été arbitraire.

L'entrepreneur qui a fait de simples offres sur l'invitation d'un tiers autre que l'autorité administrative compétente pour conclure le marché, n'est pas fondé à intenter un recours, alors qu'il n'a pas été proclamé adjudicataire et que, cependant, sa soumission était de toutes la plus avantageuse.

1. C. d'Etat, 27 juin 1884, *Société des trams à vapeur de Cochinchine*, *Rec.*, p. 511 ; 28 juillet 1912, *Cazenave et autres*, D., 15.3.34 : « Cons. que les requérants, n'ayant pas été admis à prendre part à l'adjudication, ne sont, dès lors, pas recevables à se plaindre des conditions dans lesquelles lesdites opérations ont eu lieu ».

2. C. d'Etat, 12 mars 1924, *Tainturier*, *Rec.*, p. 291.

3. C. d'Etat, 29 oct. 1914, *Leclairinche*, *Rec.*, p. 1025 ; 24 janv. 1919, *Société française des asphaltes*, *Rec.*, p. 89 ; 26 mars 1931, *Helbling et Vary*, *Rec.*, p. 377 ; 21 mars 1890, *Caillette*, *Rec.*, p. 316.

Le candidat proclamé adjudicataire n'a pas intérêt à critiquer l'adjudication, son recours ne serait pas recevable.

« Le principe essentiel est que tout industriel a qualité pour attaquer une adjudication, à la condition d'avoir été admis à y prendre part. Du moment, en effet, qu'une adjudication a été ouverte et que des soumissionnaires n'ont pas été exclus en vertu du pouvoir discrétionnaire que l'administration possède à cet égard, ils ont droit à ce que l'adjudication soit faite conformément à la loi. Ils ne sont plus des tiers par rapport à l'opération, ils ont intérêt à ce qu'elle soit régulière. Ils n'ont, sans doute, pas un droit acquis à être choisis comme fournisseurs ou entrepreneurs, et l'administration a toujours le droit de ne pas approuver l'adjudication, mais elle ne peut pas proclamer adjudicataire celui des concurrents qui n'avait pas le droit d'être proclamé.

Les industriels n'ont au contraire pas qualité à l'effet de se pourvoir contre l'adjudication, s'ils n'ont pas été admis à y prendre part, puisqu'ils n'ont alors aucun lien avec l'opération. Celle-ci est pour eux *res inter alios acta*.

Il en est de même du candidat déclaré adjudicataire ; mais c'est alors sa qualité de partie au contrat qui l'empêche d'attaquer l'opération par la voie du recours pour excès de pouvoir : il ne peut, s'il s'y croit fondé, que porter sa réclamation devant le juge du contrat »¹.

1. Raphaël Alibert, *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, p. 98 ; C. d'Etat, 11 juill. 1919, *Calvet, Rec.*, p. 626.

Les contribuables de la commune n'ont pas qualité pour attaquer une adjudication, à raison des irrégularités dont elle serait entachée ; par contre, ils sont recevables à attaquer, en tant que contribuables, la délibération d'un Conseil municipal passant un marché de gré à gré alors que les lois et règlements prescrivaient le recours à l'adjudication publique.

Voici ce que déclare, à propos de la qualité requise pour former un recours contentieux, M. le Commissaire du gouvernement Romieu, dans ses conclusions sous Conseil d'Etat, 30 mars 1906, *Ballande, Rec.*, p. 280 : « Le recours n'est possible que de la part des soumissionnaires admis à prendre part à une adjudication. Il n'y a pas de recours, au cas de marché de gré à gré, même si le marché a été passé illégalement ; en effet, les industriels n'ont pas de droit à se porter soumissionnaires. Il n'y en a pas non plus au cas de marchés dits « sur concours », l'administration se réservant le droit de choisir et le marché n'étant, en réalité, qu'une variété de marché de gré à gré (V. C. d'Etat, 16 février 1870, *Balmier, Rec.*, p. 108 ; 9 juin 1905, *Société des anciens établissements Sâtre, Rec.*, p. 529).

« En cas d'adjudication, il n'y a pas de recours contre le refus de l'administration d'admettre un industriel à prendre part à l'adjudication (art. 3 du décret du 18 novembre 1882). L'administration a ici un pouvoir discrétionnaire, avant l'ouverture des plis, elle rend aux industriels qu'elle ne veut pas admettre à l'adjudication, la soumission qu'ils ont présentée, sans la décacheter.

« Mais, il en est autrement, lorsque des industriels ont été admis à prendre part à une adjudication. Ils

peuvent alors former un recours contentieux. En effet, du moment qu'une adjudication a été ouverte régulièrement, et que des soumissionnaires n'ont pas été exclus de la liste de ceux qui sont appelés à déposer leurs soumissions, ils ont droit à ce que l'adjudication soit faite conformément à la loi, ils ont donc qualité, n'étant plus les premiers venus, n'étant plus des tiers pour former un recours, s'ils estiment qu'il a été procédé irrégulièrement. Sans doute, ils n'ont pas un droit acquis à être choisis comme fournisseurs ou entrepreneurs, car c'est le droit absolu de l'administration d'approuver ou non l'adjudication ; mais ils ont le droit d'exiger que le résultat de l'adjudication soit légal, il leur appartient de soutenir que le concurrent proclamé adjudicataire l'a été irrégulièrement ; que la décision de la commission d'adjudication ou l'acte d'approbation de l'adjudication émanant de l'autorité administrative sont illégaux. L'administration, si le résultat de l'adjudication ne lui convient pas, peut ne prendre personne, et alors, elle fera procéder à une nouvelle adjudication, ou passera, le cas échéant, un marché de gré à gré ; mais elle ne peut pas proclamer adjudicataire un des concurrents qui n'avait pas le droit d'être proclamé ».

Les syndicats d'employés ou d'ouvriers n'ont pas qualité pour intenter, ès qualités, le recours pour excès de pouvoir. Le Conseil d'Etat, dans un arrêt rendu sur le recours d'une chambre syndicale de fournisseurs, a distingué entre l'action collective et l'action individuelle. « Il s'agissait, dans l'affaire qui lui était soumise, d'un recours formé par des fabricants d'équipements militaires, agissant tant en leur nom per-

sonnel, qu'au nom de leur chambre syndicale. Ils attaquaient pour excès de pouvoir une décision du ministre de la Guerre qui approuvait une adjudication ; ils avaient refusé de concourir en arguant d'illégalité les bordereaux de salaires, et ils alléguaient le même moyen d'illégalité à l'appui de leur pourvoi. Ils ont été déclarés non recevables en leur nom personnel, puisqu'ils n'avaient pas présenté de soumissions ; ils n'ont pas été admis davantage à se prévaloir de leur qualité de représentants de la Chambre syndicale, celle-ci n'ayant pas plus de qualité que chacun de ses membres à l'effet d'attaquer une adjudication »¹.

§ 2. *Nature du recours.* — C'est le recours pour excès de pouvoir en annulation de l'adjudication irrégulière ou pour cause d'incompétence.

Le Conseil d'Etat n'aura pas à proclamer l'adjudicataire, ni même à rompre le contrat, il ne pourra que prononcer l'annulation ce qui aura pour effet de faire disparaître l'irrégularité commise.

M. Romieu, dans l'arrêt cité ci-dessus, déclare encore : « Le requérant ne peut prétendre se faire déclarer adjudicataire, il ne peut que demander l'annulation de l'adjudication irrégulière.

« La circonstance que le contrat est en cours d'exécution n'empêchera pas que le recours soit recevable, car l'annulation de l'adjudication pour excès de pouvoir ne rompra pas le contrat. L'annulation aura pour effet de faire disparaître l'irrégularité commise, et, si le contrat n'est pas en cours d'exécution, de permettre de procéder à une adjudication nouvelle. Toutefois, si

1. C. d'Etat, 11 juill. 1919, *Calvet et autres*, *Rev. de dr. public*, 1919, p. 349 ; Alibert, *op. cit.*, p. 137.

le requérant estimait qu'il a droit à des dommages-intérêts, il devrait intenter une action distincte devant le juge compétent, il ne pourrait s'agir, bien entendu, d'une indemnité représentant le *lucrum cessans* (puisque le soumissionnaire n'a pas de droit acquis à être chargé de l'entreprise et que l'administration aurait toujours pu discrétionnairement refuser d'approuver l'adjudication à son profit) mais seulement du remboursement des dépenses faites par lui, en vue de l'adjudication et, dans certains cas, de la réparation du préjudice moral. En général, et c'est le cas de l'espèce actuelle, il s'agit d'un recours pour excès de pouvoir proprement dit, ne conduisant par lui-même qu'à l'annulation de l'adjudication ».

Le contentieux auquel on a recours est le contentieux de l'annulation et non celui de la pleine juridiction parce qu'on est en présence, non d'un acte contractuel, mais d'une manifestation unilatérale de volonté. Nous avons déjà montré, en effet, qu'il fallait distinguer l'*adjudication*, laquelle précède le contrat, et le *contrat*, qui intervient après l'adjudication. L'adjudication proprement dite n'est que le fait préparatoire du contrat, elle est une manifestation unilatérale de volonté à laquelle s'applique le régime ordinaire des manifestations unilatérales de volonté : le contentieux de l'annulation. « Le recours en annulation de droit commun, c'est le recours pour excès de pouvoir. Tous les intéressés pourront exercer ce recours. Le Conseil d'Etat saisi du recours ne pourra qu'annuler l'adjudication ; il ne pourra pas toucher au contrat ni allouer une indemnité »¹.

1. Cf. Jèze, *Rev. de dr. public*, 1906, p. 669 et suiv.

Le fait qu'un contrat est intervenu entre l'administration et l'adjudicataire ne fait pas obstacle à ce qu'un candidat évincé « défère au Conseil d'Etat comme entachés d'excès de pouvoir, l'arrêté préfectoral approuvant l'adjudication et la décision ministérielle rejetant sa réclamation contre l'arrêté préfectoral, lesquels constituent des actes administratifs distincts du contrat »¹.

Le recours pour excès de pouvoir est formé soit contre la décision rejetant la réclamation administrative portée devant le ministre, soit contre la décision ministérielle d'approbation de l'adjudication. Il ne peut être formé que contre l'opération entière d'adjudication, il n'est pas admissible contre les différents actes de l'adjudication et notamment contre les actes préparatoires ; il n'est pas davantage admissible contre le contrat lui-même. Voici comment s'exprime, à ce sujet M. Alibert, *op. cit.*, p. 162 : « Le principe de cette jurisprudence est, au fond, très simple. Il consiste à distinguer : d'une part, l'opération administrative proprement dite, dont le prototype est le contrat ; d'autre part, les actes administratifs qui ont décidé, autorisé, approuvé ou exécuté cette opération. Seuls, ces derniers actes peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ».

Le recours pour excès de pouvoir contre les adjudications constitue une exception à la règle du recours parallèle devant le Conseil de préfecture, en matière de travaux publics. Le Conseil de préfecture a, en

1. C. d'Etat, 9 fév. 1912, *Société coopérative d'ouvriers plombiers de Limoges*, *Rec.*, p. 192.

effet, en ce qui concerne les marchés de travaux publics, une compétence générale de premier ressort et, le recours parallèle s'applique rigoureusement, sauf, précisément, en ce qui touche à l'adjudication publique.

§ 3. *Moyens du recours.* — Nous les avons indiqué sommairement au début de ce chapitre ; nous ne pouvons mieux faire que de rappeler les conclusions de M. le Commissaire du gouvernement Romieu dans l'arrêt Ballande, déjà cité. Voici ce qu'il dit : « Il (le recours) peut (être fondé) sur le fait que l'on a proclamé adjudicataire un concurrent qui n'était pas le premier, qui n'avait pas proposé le plus fort rabais ; sur ce que l'on a écarté à tort celui qui était le premier. Il peut l'être, en second lieu, sur la violation des règles de l'adjudication : on a bien proclamé adjudicataire le candidat qui était le premier, mais les règles de l'adjudication ont été violées à son profit.

« On a soutenu, il est vrai, que les règles et les formes des adjudications ont été établies uniquement dans l'intérêt financier de l'administration et on en a conclu que des concurrents à l'adjudication n'étaient pas recevables à se prévaloir des irrégularités commises. Nous ne connaissons qu'une décision en ce sens (29 novembre 1866, *Gris, Rec.*, p. 1085). Votre jurisprudence est, au contraire, très nette en sens contraire (V. les conclusions de M. Aucoc dans l'affaire *Servat* jugée le 9 janvier 1868, *Rec.*, p. 12).

« Le soumissionnaire évincé a le droit de demander l'annulation de l'adjudication pour inobservation des règles fondamentales de l'adjudication, même si elles sont édictées dans l'intérêt de l'administration, du

moment où une inégalité a été créée entre les concurrents. Vous vous réservez, bien entendu, le droit d'examiner l'importance de l'irrégularité commise et son influence sur l'adjudication ».

M. Alibert, *op. cit.*, p. 228-229, ajoute : « Le Conseil d'Etat n'a pas manqué de reconnaître toute la valeur de la théorie du vice de forme en droit public, et d'en tirer les conséquences logiques. Il en a notamment fait des applications très intéressantes en matière d'adjudication. C'est là qu'il aurait pu se retrancher derrière l'intérêt unique de l'administration, dire que les formalités qui entourent l'adjudication ne sont imposées qu'en faveur de l'administration et que, seule, elle peut se prévaloir de leur inobservation. Avec beaucoup de raison, le Conseil d'Etat a décidé le contraire ; il a compris que ces formalités avaient pour effet de sauvegarder avant tout l'intérêt public, et qu'elles n'étaient pas seulement établies pour protéger l'administration qui, d'ailleurs, n'a pas d'intérêt distinct de l'intérêt public. Bien mieux : on peut soutenir que les formalités de l'adjudication sont, en réalité, établies contre l'administration, ses erreurs et ses entraînements, afin de protéger les finances publiques contre des gaspillages, des négligences ou des fautes. Et, très correctement, le Conseil d'Etat a décidé que la violation des formalités de l'adjudication pouvait être invoquée par les tiers intéressés comme moyen d'excès de pouvoir »¹.

Par contre, il n'y a pas inégalité entre les concur-

1. C. d'Etat, 18 nov. 1921, *Detouillon, Rec.*, p. 953 ; 12 nov. 1915, *Bureau, Rec.*, p. 311.

rents et par suite pas de recours possible, dans le fait pour l'administration d'accorder des faveurs à l'adjudicataire, alors que l'adjudication a été par ailleurs régulière : de tels faits se rattachent exclusivement à l'exécution du marché et sont étrangers aux rapports des soumissionnaires les uns vis-à-vis des autres ¹.

§ 4. *Résultats du recours.* — Le Conseil d'Etat, lorsqu'il admet le recours et le juge fondé, se contente de prononcer l'annulation de l'adjudication irrégulière. Il se refuse à prendre les mesures qui seraient la suite normale de sa décision et même à ordonner à l'administration de les prendre.

Nous avons vu, par contre, que le ministre, lorsqu'il est appelé à approuver une adjudication, a le droit de rétablir adjudicataire le candidat injustement écarté par la commission d'adjudication ; la question a été jugée par le Conseil d'Etat, en matière de marchés de fournitures ².

A ce propos, M. Gaston Monsarrat, déclare : « On n'aperçoit pas pour quel motif, lorsque l'illégalité d'une adjudication a été déclarée par le Conseil d'Etat, l'autorité administrative chargée d'approuver cette adjudication ne serait pas tenue de faire une proclamation, qu'elle est en droit de faire lorsque c'est elle-même qui a reconnu l'irrégularité » ³.

1. C. d'Etat, 4 mars 1892, *Brémond, Rec.*, p. 245.

2. C. d'Etat, 10 nov. 1911, *Leconge et Wilmann, D.*, 13.3.139.

3. *Rev. jurid. et fiscale de l'entreprise*, 1932, p. 135.

III

RECOURS CONTENTIEUX EN DOMMAGES ET INTÉRÊTS

Les concurrents évincés qui s'estiment lésés du fait des irrégularités commises au cours de l'adjudication, peuvent, en outre du recours pour excès de pouvoir que nous venons d'examiner, intenter une action en dommages-intérêts devant le Conseil d'Etat à raison du préjudice subi par eux ¹.

Cette demande est recevable, alors même que le Conseil d'Etat ne s'est pas encore prononcé sur le recours en annulation de l'adjudication ; toutefois, s'agissant d'une adjudication communale, la demande d'indemnité doit avoir été préalablement présentée à la commune ².

D'autre part, un recours de plein contentieux ne pouvant, en principe, être joint à un recours pour excès de pouvoir, l'allocation de l'indemnité ne peut être demandée par le même recours que l'annulation de l'adjudication. Cependant, dans un arrêt récent, le Conseil d'Etat n'a pas déclaré irrecevable « *de plano* » la demande d'indemnité présentée dans le même recours que la demande en annulation ; il est vrai, que certaines circonstances (ministère d'un avocat, droits d'enregistrement, etc...) rapprochaient ce recours des recours contentieux : de telle sorte, qu'en définitive, il semble qu'on puisse joindre les deux recours, sauf à les faire

1. C. d'Etat, 14 janv. 1881, *Départ. de la Sarthe, Rec.*, p. 59 ; 12 mars 1920, *Cie pour la fabrication des compteurs et matériel d'usines à gaz, Rec.*, p. 280 ; 14 mai 1886, *Agustinetty, Rec.*, p. 414.

2. C. d'Etat, 4 août 1913, *Davoigneau, Rec.*, p. 971.

présenter par un avocat au Conseil d'Etat et à acquitter les droits d'enregistrement du recours contentieux ¹.

La demande d'indemnité doit être formelle, il ne suffit pas qu'elle soit implicite, notamment le fait pour le requérant de demander au Conseil municipal de le proclamer adjudicataire et le refus de cette assemblée de faire droit à sa réclamation n'équivaut pas au rejet d'une demande d'indemnité. Mais le refus d'un conseil municipal de faire droit à une demande régulière d'indemnité fait naître un « litige dont il appartient au Conseil d'Etat de connaître » ².

1. C. d'Etat, 18 oct. 1929, *Bonvehi, Rec.*, p. 915.

2. C. d'Etat, 6 août 1915, *Cochet, S.*, 21.3.54 : « Cons. qu'à l'appui de sa demande d'indemnité portée devant le Conseil de préfecture de l'Ain, le sieur C. soutenait que lors de l'adjudication qui a eu lieu à (.....), en vue de l'exécution des travaux de l'abattoir public, la Commission d'adjudication avait à tort admis à soumissionner, puis déclaré adjudicataire un des concurrents, le sieur N., qui n'avait pas contrairement aux prescriptions du cahier des charges, versé de cautionnement, et que le sieur C., qui avait proposé le rabais le plus fort après celui offert par le sieur N., aurait été, par suite de l'irrégularité ainsi commise, privé du bénéfice de l'adjudication, laquelle, d'ailleurs et sur la réclamation de cet entrepreneur, n'a pas été approuvée par le préfet ; que le sieur C., n'a pas participé à la nouvelle adjudication à laquelle il a été procédé le ; que de ce qui précède il résulte que l'entrepreneur n'ayant pas été déclaré adjudicataire des travaux dont il s'agit (ni la première, ni la seconde fois), aucun marché de travaux publics ne s'était formé entre la commune et lui et que, par suite, la contestation par lui soulevée ne rentrait pas parmi celles dont il appartient au Conseil de préfecture de connaître par application de l'art. 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, et que c'est dès lors avec raison que le Conseil de préfecture de l'Ain s'est déclaré incompétent pour y statuer.

Mais, cons. que la demande d'indemnité formée par le sieur C., devant le Conseil de préfecture contre la commune et des délibérations du Conseil municipal (.....), refusant de faire droit à cette demande, il est né un litige dont il appartient au Conseil d'Etat de connaître, et dont il est saisi par les conclusions prises devant lui par le sieur C.

Cons. que si, l'art. 8 du cahier des charges dispose que l'entrepreneur ne peut prétendre à aucune indemnité dans le cas où l'adjudication n'est point approuvée, la commune n'est pas fondée à se prévaloir de cette disposition à l'encontre du sieur C. ; qu'elle n'est pas, en effet, opposable à celui-ci, puisque comme il vient d'être dit aucune convention ne s'est formée entre lui et la commune ; cons. que d'après le cahier des charges de l'entreprise, seuls les concurrents qui produiraient un certificat de versement du cautionnement provisoire pourraient être admis à prendre part à l'adjudication ; que le sieur N., qui n'avait

L'indemnité allouée ne comprend, en principe, que le remboursement des dépenses faites en vue de l'adjudication¹; exceptionnellement une indemnité en réparation du préjudice moral pourra être accordée. Le requérant ne saurait, en tout cas, réclamer une indemnité pour manque à gagner, les soumissionnaires et même l'adjudicataire provisoire n'ayant pas de droit acquis à être proclamés adjudicataires définitifs.

Au cas où le préjudice est le résultat d'une faute commise par un service public départemental, l'entrepreneur évincé n'est pas en droit de réclamer une indemnité à l'Etat².

pas fait ce versement aurait dû dès lors être exclu de l'adjudication, et qu'il a été à tort admis à y participer; que le sieur C., est fondé à soutenir que l'irrégularité ainsi commise lui a causé un préjudice dont la commune lui doit réparation ... ».

1. C. d'Etat, 20 juill. 1917, *Société coopérative de Limoges, Rec.*, p. 590 : « Cons. qu'il est établi que la décision du bureau d'adjudication des travaux de construction de l'école normale d'instituteurs de S., qui prononçait l'exclusion de la Société requérante de ladite adjudication, décision qui fut annulée, comme entachée d'excès de pouvoir, par le Conseil d'Etat statuant au contentieux, a causé à ladite Société un préjudice dont le département lui doit réparation; que, par suite, la Société requérante est fondée à demander l'annulation de la délibération du Conseil général rejetant sa réclamation;

Mais, cons. que si la Société a droit au remboursement des frais par elle exposés pour prendre part à l'adjudication, elle ne justifie d'aucun préjudice actuel et certain ... ».

2. C. d'Etat, 15 janv. 1930, *Béatrice, Rec.*, p. 59 : « Cons. que, pour réclamer une indemnité à l'Etat, le sieur B., invoque le préjudice résultant pour lui d'une décision par laquelle la Commission départementale aurait illégalement refusé d'approuver l'adjudication prononcée à son profit et d'une décision par laquelle la Commission chargée de procéder à l'adjudication des travaux de même nature l'aurait illégalement exclu de nombre des entrepreneurs admis à soumissionner; que la demande du sieur B., est, par suite, fondée sur la faute d'un service public départemental; que, dès lors, le requérant n'est, en tout cas, pas en droit de réclamer une indemnité à l'Etat ... ».

CONCLUSION

L'étude des questions contentieuses soulevées par les adjudications publiques nous a amené à dégager un certain nombre de principes jurisprudentiels complétant et adaptant les règles législatives et réglementaires.

Tour à tour la situation des diverses catégories de candidats à l'adjudication, celle de l'adjudicataire, la limite des attributions et les pouvoirs des différentes autorités appelées à participer à l'opération, la valeur des actes et des pièces du marché, la procédure même et le champ d'application de l'adjudication publique ont été la cause de difficultés et de litiges examinés et tranchés par le Conseil d'Etat.

Jurisprudence certaine, très rarement contradictoire, ayant évolué, certes, mais paraissant, à l'heure actuelle, nettement établie, s'affirmant fidèle aux grands principes de l'adjudication publique ; tels sont, en gros, les caractéristiques qui nous paraissent se dégager de l'étude que nous achevons.

Il ne nous semble pas utile de reprendre une à une les interprétations du Conseil d'Etat en notre matière — ce serait recommencer ce travail —, ce que nous pouvons dire, comme remarque générale, c'est que — en dépit de la pression des collectivités publiques et des

entrepreneurs, souvent contraints par la conjoncture économique, — le Conseil d'Etat entend maintenir fermement l'observation de ces principes posés par le décret du 18 novembre 1882 et l'ordonnance du 14 novembre 1837.

Il exige toujours que soient respectées les idées dominantes de l'adjudication publique, qui sont une publicité effective, une concurrence large et libre, une égalité stricte entre les divers soumissionnaires ; et il n'hésite pas à condamner toutes les clauses et conventions, à caractère plus ou moins financier, dont le but est de porter atteinte à ces principes.

Par contre, une évolution s'est produite dans les conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les adjudications irrégulières. Etablies dans l'intérêt unique de l'administration, les règles sur l'adjudication publique n'avaient, autrefois, aucune sanction juridictionnelle ; aujourd'hui, le Conseil d'Etat reconnaît l'intérêt de tous à la juste application des principes, et admet le recours des concurrents évincés formé à raison d'irrégularités dans une adjudication publique.

Cette évolution se relie, du reste, à l'évolution générale de la notion d'excès de pouvoir dans le droit administratif français, laquelle a consisté, en partie, dans la reconnaissance de plus en plus large des droits des individus, au détriment du pouvoir discrétionnaire de l'administration.

En conclusion, il nous semble résulter de cette étude que le Conseil d'Etat, d'une part : entend rester fidèle aux grands principes de l'adjudication publique,

et, d'autre part : faciliter toujours davantage les recours des intéressés, ce qui est une manière de contrôler l'application régulière des règles de l'adjudication publique par l'administration.

Vu : le Président de la thèse,
Achille MESTRE.

Vu : le Doyen,
Edgard ALLIX.

Vu et permis d'imprimer :
le Recteur de l'Académie de Paris :
G. ROUSSY.

BIBLIOGRAPHIE¹

I

TRAITÉS ET OUVRAGES

I. *Historique.*

DAREMBERG et SAGLIO. — *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, t. I, 2^e partie, C., article : *Censoria Locatio*, p. 1001 et suiv.

DES CILLEULS (Alfred). — *Origine et développement du régime des T.P. en France*, Paris, 1895 (8^e V 26.300).

MALAPERT (M.F.). — *Histoire de la législation des T.P.*, Bibliothèque du Constructeur, in-8^e, Paris, 1880 (8^e F. 2102).

MOMMSEN (Théodore). — *Le droit public romain*, traduit sur la 3^e édit. allemande par Paul Frédéric Girard : t. IV du *Manuel des Antiquités romaines*, Paris, 1894.

II. — *Droit contemporain.*

Adjudications publiques de travaux et fournitures pour les administrations (des). — Petite Bibliothèque de l'entreprise, édit. du *Journal du Bâtiment et des T.P.*, Lyon, 1933 (8^e V. 50.748 (2)).

ALIBERT (Raphaël). — *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Payot, Paris, 1926.

BARRY (Charles). — *Commentaire du C.C.G. des travaux du service du génie*, in-12, Paris, 1879 (8^e F. 1212).

BARRY (Charles) et TEXIER (Albert). — *C.C.G. imposées aux entrepreneurs des travaux des Ponts et Chaussées. Commentaire.*, in-16, 17^e édit., Juris-classeurs, Godde, Paris, 1931 (8^e F. 34.418).

BETTINGER (Raymond). — *Le Conseil de préfecture juge du contentieux départemental et communal*. Préface de M. Jean Appleton, in-8^e, Sirey, Paris, 1935 (8^e F. 36.796).

BERTHÉLÉMY (Henry). — *Traité élémentaire de droit administratif*, 12^e édit., in-8^e, Paris, 1930 (8^e F. 32.700).

Cahiers administratifs (les). — Collection dirigée par M. le Professeur A. Mestre.

1. NOTA : les cotes indiquées entre parenthèses sont celles de la Bibliothèque Nationale à Paris.

- CHATIGNIER (M.). — *Commentaire des C.C.G., imposées aux entrepreneurs pour l'exécution des travaux des Ponts et Chaussées*, 3^e édit., Cosse et Marchal, Paris, 1861 (inv. F. 31.344).
- CHRISTOPHLE (Albert). — *Traité théorique et pratique des T.P.*, 2^e édit. revue par Paul Auger, 2 vol. Paris, 1889-1890 (8^o F. 5288).
- COTELLE. — *Cours de droit administratif appliqué aux T.P.*, 3^e édit., t. III, Dalmont et Dunod, Paris, 1860 (inv. F. 32.697).
- COURCELLE (Louis). — *Traité administratif des T.P.*, in-8^o, 2 vol. et un complément. V. t. I, et le complément, Dunod, Paris, 1927 (4^o F. 2076 (1)).
- ENOÛ (Louis). — *Traité théorique et pratique de droit administratif*, mis au courant par P. Picard et E. Veuillet, t. I : Les T.P., in-8^o, Rousseau, Paris, 1903 (8^o F. 14.895).
- GAUTIER (A.) et JOUVE (E.). — *Traité pratique du marché de T.P.*, in-16, Paris, 1881 (8^o F. 2538).
- GEORGIN (Ch.). — *Commentaire des C.C.G. imposées aux entrepreneurs*, 9^e édit., in-4^o, Ecole spéciale des T.P., Paris, 1909 (8^o F. 20.072).
- *Commentaire des C.C.G. imposées aux entrepreneurs*, 13^e édit., 1925, in-8^o, (8^o F. 30.475).
- HAURIOU (Maurice). — *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, d'après les notes d'arrêts du Sirey réunies et classées par André HAURIOU, nouveau tirage, 3 vol. in-8^o Sirey, Paris, 1931.
- ISRAËL (Maurice). — *L'Etat acheteur*, in-8^o, les Presses universitaires, Paris, 1927 (8^o V. 46.803).
- JÈZE (Gaston). — *Cours de droit public (Licence)*, 1930-31, in-8^o, Giard, Paris, 1931.
- *Les contrats administratifs de l'Etat, des départements, des communes et des établissements publics*, in-8^o, Giard, Paris, 1932 (4^o F. 2177(2)).
- *Les principes généraux du droit administratif*. Théorie générale des contrats de l'administration, 1^{re} Partie : Formation, Exécution des contrats, 3^e édit., in-8^o, Giard, Paris, 1934 (8^o F. 30.038 (4)).
- LAFFERRIÈRE. — *Traité. Jurisprudence administrative et recours contentieux*, 2^e édit., II, 1896.
- LANOE (Albert). — *Traité du domaine de l'Etat*, in-8^o, 2^e édit., revue avec le concours de Eug. Flavien Girard, Francis Lefebvre, 1931 (8^o F. 34.892).
- LECHALAS (Georges). — *Manuel de droit administratif : Service des Ponts et Chaussées et des chemins vicinaux*, Encyclopédie des T.P. 3 vol. in-8^o, Gauthier-Villars, Paris, 1889-1898 (8^o V. 6993).
- LEFEBVRE et BASSOMPIERRE-SEWRIN. — *C.C.G. imposées aux entrepreneurs*. Encyclopédie théorique et pratique des connaissances civiles et militaires, 14^e partie, Paris, 1910.
- MARIZIS. — *Manuel juridique des T.P.*, Paris, Dunod, 1925 (8^o F. 30026).
- MARIZIS, FONT-RÉAULX et DURNERIN. — *Organisation et compétence*, Paris, 1937.
- MASPÉTIOL (Roland) et LAROQUE (Pierre). — *La tutelle administrative*, Sirey, Paris, 1930 (8^o F. 34.082).

- MONSARRAT (Gaston). — *C.C.G. imposées aux entrepreneurs de travaux des chemins vicinaux*, in-8°, Paris, 1918 (8° V. 39.238).
- *La participation des étrangers aux entreprises de T.P.*, in-8°, Paris, 1919 (8° F. pièce 5337).
- *Contrats et concessions des communes et des établissements communaux de bienfaisance*, Paris, 1920.
- *Marchés de travaux et de fournitures des communes et des établissements communaux de bienfaisance*, in-8°, 2° édit. Direction des publications administratives et bibliothèque municipale et rurale, Paris, 1926 (8° F. 30.482).
- PASSERIEU (Jean-Bernard). — *Manuel pratique et juridique des architectes et des entrepreneurs en matière de T.P. et du bâtiment*, Paris, 1892 (8° F. 6.431).
- PÉRIER (Arsène). — *Des marchés de fournitures*, in-12, Plon et C^{ie}, Paris, 1876 (8° F. 268).
- PÉRIN (J.) et JUQUIN (A.). — *Manuel des adjudications de T.P.*, Cosse, in-18, 1867.
- PERRIQUET (E.). — *Traité théorique et pratique des T.P.*, 2 vol. in-8°, Paris, 1883 (8° V. 5.557).
- *Les contrats de l'Etat*, in-8°, Paris, 1884 (8° F. 3.234).
- PORÉE (Henri) et CUENOT (Henry). — *Des entreprises de T.P. soumises aux C.C.G. des Ponts et Chaussées et au cahier du service des chemins vicinaux*, Marchal et Billard, Paris, 1901.
- RAIGA (Eug.) et FÉLIX (Maurice). — *Le régime administratif et financier du département de la Seine et de la ville de Paris*. Préface de H. Berthélemy. 2° édit., 2 vol. Rousseau, Paris, 1936 (8° Lf. 136, 407 A (1) et (2)).
- TARBÉ de VAUXCLAIRS. — *Dictioinaire des T.P.*, in-4°, 1835.

II

THESES, ARTICLES, RÉPERTOIRES, REVUES

I. Thèses.

- AMFREVILLE (Jacques-Guyot d'). — *De la répartition des compétences en matière de contrats passés par l'administration*, in-8°, thèse, Paris, 1927 (8° F. 32.563).
- AUGIER (J.). — *Des marchés de travaux de la guerre*, thèse, Paris, 1895 (8° F. 8578).
- LEGROS (André). — *Formation et résolution du marché de T.P.*, thèse, Paris, 1912.
- MONTMERLE (Jacques). — *Situation juridique de l'entrepreneur de T.P. soumis au cahier des clauses et conditions générales de l'administration des Ponts et Chaussées*, thèse, Paris, Sirey, 1931 (8° F. 35.026).
- SERVAT (Gaston). — *De l'entrave à la liberté des enchères dans les adjudications de T.P.*, thèse, Caen, 1906.

II. *Articles de revues.*

JÈZE (Gaston). — *Régime juridique des adjudications publiques*, « *Revue de droit public* », 1906, p. 668 et suiv.

— *Le contrôle de la régularité des adjudications des marchés administratifs*, « *Revue de droit public* », 1919, p. 344 à 355.

III. *Répertoires.*

Bulletin officiel annoté de tous les ministères (Lois, décr. circul., instr.) Berger-Levrault, Paris.

Bulletin officiel du ministère de la guerre, Lavauzelle. Paris.

Recueil des Lois, Ordonn., Décr., Règlements et circul. concernant les services dépendant du ministère des T.P. (ancien recueil Potiquet), 3 vol. (8° F. 5.659).

Répertoire du droit administratif, par Béquet, continué par Laferrière et Dislère, 28 vol. V. t. XXV, fasc. 3 à 6, Paris, 1882-1911.

Répertoire encyclopédique du droit français par LABORI, SCHAUFFAUSER et DUPARQ, 12 vol. et 2 suppléments, V. t. IX, p. 343 et suiv., et t. XIV (supp. 2), p. 416 et suiv. Paris, 1891-1895, 1909-1910.

Répertoire général alphabétique du droit français, publié de 1886 à 1906, sous la direction de Fuzier-Hermann par Carpentier et Frirejouan du Saint, 36 vol., supp. t. XIV, 1936.

Répertoire pratique de législation de doctrine et de jurisprudence par Dalloz, 12 vol. 3 supp.

Répertoire TILLOY : *Répertoire alphabétique de jurisprudence, de doctrine et de législation algérienne, tunisienne et musulmane*, par Louis MILLIOT, Georges RECTENWALD et Henri BENET, 2^eédit., 6 vol. 1930-1933.

IV. *Recueils de jurisprudence.*

Bulletin des arrêts de la Cour de cassation.

Gazette du Palais, journal, fasc. mensuels et tables quinquennales.

Le Journal du Palais, publié au cours du XIX^e siècle, fondu avec le Sirey.

Les Pandectes Françaises, publiées au cours du XIX^e siècle fondues avec le Sirey.

Le Recueil général des lois et des arrêts de Sirey : Sirey chronologique, 9 vol. de 1791 à 1830, depuis 1830, un vol. par an, complété par un Bulletin des sommaires : Lois annotées, tables alphabétiques, Refonte Sirey, 20 vol.

Recueil périodique et critique de jurisprudence de législation et de doctrine par Dalloz : Recueil hebdomadaire de jurisprudence.

Recueils spéciaux aux Cours d'appel et aux grands tribunaux de commerce.

V. Revues.

Annales des assemblées départementales, Berger-Levrault, Paris.

Annales de la voirie vicinale, rurale et urbaine et des travaux communaux et départementaux, mensuel, Paris.

Annales des Ponts et Chaussées, mensuel, Dumas, Paris.

Annales du Syndicat des entrepreneurs de T.P. de France, mensuel.

La vie communale et départementale.

La vie municipale, revue bi-mensuelle d'administration communale.

Le Bâtiment, Journal des T.P. et particuliers. Bulletin général des adjudications officielles, bi-hebdomadaire, Paris.

L'Entreprise, la réforme du bâtiment réunies, bi-hebdomadaire

Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger, trimestriel, gr. in-8°, Paris.

Revue internationale des sciences administratives. L'Avenir,⁵ Bruxelles, fondée en 1928.

Revue juridique et fiscale de l'Entreprise, de la propriété bâtie et de l'Urbanisme, mensuelle, Paris (8° F. 30.743).

ABRÉVIATIONS

Al.	Alinéa.
Art.	Article.
C. civ.	Code civil.
C. d'Etat	Conseil d'Etat.
Cons. de préfecture .	Conseil de préfecture.
Cass.	Cour de cassation.
Cass. Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation.
C. pén.	Code pénal.
Cf.	<i>Confer.</i> (comparez).
Circul.	Circulaire.
C.C.G.	Cahier des clauses et conditions générales.
C.C.G., Ponts	Cahier des clauses et conditions générales des Ponts-et-Chaussées.
Chap.	Chapitre.
Décr.	Décret.
D.	Recueil périodique et critique de la jurisprudence générale Dalloz.
D.H.	Recueil hebdomadaire de la jurisprudence générale Dalloz.
Dr. adm.	Droit administratif.
Edit.	Edition.
Elect.	Elections.
Instr.	Instruction.
<i>Infra</i>	Voyez plus loin.
<i>J. Off.</i>	<i>Journal Officiel.</i>
L. ann.	Loi annotée.
<i>Op. cit.</i>	<i>Opere citato</i> (ouvrage déjà cité).
Ordonn.	Ordonnance.
P.	Page.
<i>Rec.</i>	Recueil des arrêts du Conseil d'Etat, encore appelé le <i>Lebon</i> .
S.	Recueil de jurisprudence de Sirey.
S., <i>L. ann.</i>	Recueil de jurisprudence de Sirey, lois annotées
Suiv.	suivants ou suivantes.
<i>Supra</i>	Voyez plus haut.
<i>Traité th. et prat.</i> . . .	<i>Traité théorique et pratique.</i>
T.P.	Travaux publics.
T.	Tome.
Trib.	Tribunal.
Trib. correct. Seine .	Tribunal correctionnel de la Seine.
V.	Voyez.

TABLE DES ARRÊTS CITÉS PAR DATES

(Lire : Arrêt du Conseil d'Etat du 31 août 1830, p. 111, note 1).

1830	1875
31 août, C. d'Etat, 111-1.	10 déc., C. d'Etat, 89-2.
1835	1876
19 août, C. d'Etat, 69-2.	4 févr., C. d'Etat, 82-3.
1843	7 juill., C. d'Etat, 89-3.
9 janv., C. d'Etat, 80-2.	1877
1845	26 janv., C. d'Etat, 109-1.
27 févr. C. d'Etat, 20-2.	1878
1849	29 nov., C. d'Etat, 69-1.
17 janv., C. d'Etat, 106-1 ; 111-1.	1880
1852	10 avril, Trib. des Conflits, 70-1.
25 nov., C. d'Etat, 99-3.	1881
1854	14 janv., C. d'Etat, 40-2 ; 138-1.
26 juill., C. d'Etat, 106-2 ; 112-1.	1883
1859	13 avril, C. d'Etat, 90-1.
16 août, C. d'Etat, 90-2.	1884
1866	27 juin, C. d'Etat, 128-1.
29 nov., C. d'Etat, 70-2 ; 126-1 ; 135.	1885
1867	24 avril, C. d'Etat, 119-3.
20 juill., C. d'Etat, 113-1.	1886
1868	14 mai, C. d'Etat, 138-1.
9 janv., C. d'Etat, 72-3 ; 127-1, 135.	1887
22 avril, C. d'Etat, 117-3.	21 janv., Trib. correct. Seine, 87-2
1870	28 janv., C. d'Etat, 101-2.
16 févr., C. d'Etat, 43-2 ; 130.	4 mars, C. d'Etat, 37-1.
1873	1 ^{er} juill., C. d'Etat, 115-1.
7 févr., C. d'Etat, 84-2.	1888
28 févr., C. d'Etat, 111-1.	13 janv., C. d'Etat, 119-2.
25 juill., C. d'Etat, 117-2.	1889
1874	4 mars, Cass., 74-1.
13 févr., C. d'Etat, 4-1 ; 111-1.	1890
26 juin, C. d'Etat, 90-3.	21 mars, C. d'Etat, 87-1 ; 128-3.
7 juill., Cour d'Alger, 69-3.	1892
	4 mars, C. d'Etat, 137-1.
	9 déc., C. d'Etat, 40-3.
	16 déc., C. d'Etat, 101-3.

1893
29 déc., C. d'Etat, 117-1.
1894
16 mars, C. d'Etat, 110-1.
6 juill., C. d'Etat, 102-2.
1895
25 janv., C. d'Etat, 60-1.
17 mai, C. d'Etat, 110-2.
1896
9 nov., Cass., 72-2.
1899
28 avril, C. d'Etat, 81-1 ; 83-1.
8 déc., C. d'Etat, 80-1.
1900
6 avril, C. d'Etat, 18-1.
1901
29 mars, C. d'Etat, 69-1.
26 avril, C. d'Etat, 109-1.
28 juin, Cour de Paris, 86-1.
1902
14 mars, C. d'Etat, 88-1.
27 juin, C. d'Etat, 69-1.
1904
26 mars, C. d'Etat, 96-7.
18 nov., C. d'Etat, 102-1.
1905
23 janv., C. d'Etat, 96-1.
27 janv., C. d'Etat, 96-6.
24 févr., C. d'Etat, 96-4.
25 févr., C. d'Etat, 96-3.
3 mars, C. d'Etat, 96-1.
5 avril, C. d'Etat, 96-1.
14 avril, C. d'Etat, 120-1.
18 avril, C. d'Etat, 96-8.
22 mai, C. d'Etat, 96-3.
9 juin, C. d'Etat, 130.
4 août, C. d'Etat, 91-1 ; 123-1.
1906
30 mars, C. d'Etat, 93-1 ; 130.
10 juill., C. d'Etat, 96-1.
1907
15 févr., C. d'Etat, 119-1.
6 déc., C. d'Etat, 40-3.
1908
24 juill., C. d'Etat, 81-1.
1909
5 févr., C. d'Etat, 32-2.
26 févr., C. d'Etat, 96-3.
15 mars, C. d'Etat, 96-1.
24 mars, C. d'Etat, 96-3.
23 juill., C. d'Etat, 18-1.
17 déc., C. d'Etat, 81-1.

1910
18 févr., C. d'Etat, 91-3.
15 avril, C. d'Etat, 34-1.
1911
13 janv., C. d'Etat, 35-2.
28 juill., C. d'Etat, 81-1.
10 nov., C. d'Etat, 137-2.
15 nov., Cass. req., 121-1.
1912
12 janv., C. d'Etat, 71-2.
26 janv., C. d'Etat, 79-1.
9 févr., C. d'Etat, 20-1 ; 66-1 ;
77-1 ; 134-1.
8 mars, C. d'Etat, 84-1.
29 mars, C. d'Etat, 85-2.
28 juin, C. d'Etat, 81-1.
26 juill., C. d'Etat, 33-1.
28 juill., C. d'Etat, 128-1.
1913
13 juin, C. d'Etat, 91-2.
4 août, C. d'Etat, 138-2.
1914
13 févr., C. d'Etat, 32-2.
27 mars, C. d'Etat, 96-1.
15 mai, C. d'Etat, 82-2.
17 juill., C. d'Etat, 95-1.
29 oct., C. d'Etat, 48-1 ; 128-3.
1915
6 août, C. d'Etat, 139-2.
12 nov., C. d'Etat, 49-1 ; 136-1.
1916
8 déc., C. d'Etat, 24-2.
1917
23 mars, C. d'Etat, 49-2 ; 65-1.
20 juill., C. d'Etat, 140-1.
1918
12 juill., C. d'Etat, 81-1.
1919
24 janv., C. d'Etat, 18-1 ; 44-1 ;
128-3.
9 juill., C. d'Etat, 86-2.
11 juill., C. d'Etat, 129-1.
8 août, C. d'Etat, 48-1.
1920
12 mars, C. d'Etat, 138-1.
16 juin, C. d'Etat, 32-1.
23 juill., C. d'Etat, 36-3.
1921
16 mars, C. d'Etat, 118-1.
18 nov., C. d'Etat, 136-1.
1922
7 avril, C. d'Etat, 54-1.

- | | |
|---|--|
| 1923 | 6 mai, C. d'Etat, 73-2 ; 101-1. |
| 5 janv., C. d'Etat, 32-2. | 24 déc., C. d'Etat, 50-1. |
| 1924 | 1932 |
| 12 mars, C. d'Etat, 128-2. | 15 janv., C. d'Etat, 121-2. |
| 9 juill., C. d'Etat, 110-5. | 27 janv., C. d'Etat, 82-1. |
| 1926 | 11 mars, C. d'Etat, 39-1. |
| 12 févr., C. d'Etat, 27-2. | 16 mars, C. d'Etat, 49-3. |
| 11 juin, C. d'Etat, 96-5. | 10 juin, C. d'Etat, 86-3 ; 101-4. |
| 16 juill., C. d'Etat, 96-1. | 21 juill., C. d'Etat, 81-1. |
| 24 déc., C. d'Etat, 85-1. | 26 juill., C. d'Etat, 81-1. |
| 1927 | 23 nov., C. d'Etat, 110-4. |
| 18 mars, C. d'Etat, 33-2. | 1933 |
| 1928 | 28 juin, C. d'Etat, 36-1. |
| 3 févr., C. d'Etat, 30-1. | 5 juill., C. d'Etat, 103-1. |
| 19 juin, Cons. de Préfecture des
Bouches-du-Rhône, 97-1. | 29 nov., C. d'Etat, 73-1. |
| 27 juin, C. d'Etat, 81-1. | 1934 |
| 1 ^{er} août, C. d'Etat, 110-3. | 2 févr., C. d'Etat, 71-3. |
| 1929 | 9 mars, C. d'Etat, 77-1 ; 110-6. |
| 18 oct., C. d'Etat, 110-4 ; 139-1. | 23 mars, C. d'Etat, 64-1. |
| 1930 | 2 mai, C. d'Etat, 99-2. |
| 10 janv., C. d'Etat, 31-4 ; 54-2. | 6 juin, C. d'Etat, 71-1 ; 92-2. |
| 15 janv., C. d'Etat, 140-2. | 14 nov., C. d'Etat, 20-1. |
| 19 févr., C. d'Etat, 117-1. | 23 nov., C. d'Etat, 22 ; 38-1 ; 43, 3. |
| 27 mars, C. d'Etat, 33-2. | 5 déc., C. d'Etat, 89-3. |
| 27 mai, C. d'Etat, 78-2. | 1935 |
| 31 oct., C. d'Etat, 33-3. | 27 févr., C. d'Etat, 36-2. |
| 1931 | 13 mars, C. d'Etat, 24-1 ; 47-2. |
| 18 mars, C. d'Etat, 55 ; 78-1. | 4 juin, C. d'Etat, 97-2 ; 101-1. |
| 26 mars, C. d'Etat, 89-1 ; 128-3. | 8 nov., C. d'Etat, 50-2. |
| | 13 déc., C. d'Etat, 21-1. |

INDEX ALPHABÉTIQUE

Les chiffres renvoient aux pages

- Abattoirs, 23.
Actes préparatoires de l'adjudication, 67.
Adduction d'eau, 27, 32.
Adjudicataire, 7, 94, **105, 122**.
— défaillant, 35.
Adjudications, — administratives, 1; — à la chaleur des enchères, 1; — à Rome, 7; — au rabais, 1, 11, 45; — aux enchères, 1; — conjointes, 120; — judiciaires, 1; — publiques, 2, 8, 10, 14; — publiques de fournitures, 2; — publiques de T.P., 2; — publiques en matière de T.P., 2; — restreintes, 13, **41**, 78, 93; — sans résultat : V. Nouvelle adjudication; — simples ou ordinaires, 41, 78; — sur concours d'échantillons et de prix, 45; — sur offres de prix, 45; — sur soumissions cachetées, 1; — volontaires, 1.
Admission des concurrents, 67.
Affichage, 33, 44.
Affiche officielle d'adjudication, 89.
Amnistie, 111.
Ancien régime : V. Adjudication publique, Adjudicataire; Folle enchère; Cautions, etc.
Annulation, 37.
Appareils de transmission télégraphique, 24.
Approbation, 14, 106, **107**; refus d'—, **109**.
Architecte, 68, 72.
Arènes, 24.
Artisan, **65**, 76, 99.
Artiste, 25.
Associations d'ouvriers français : V. Sociétés d'ouvriers.
Associés, 96.
Béton armé, 24.
Bordereau des prix, 88.
Brevet d'invention, 22.
Bureau d'adjudication, 97.
Bureaux dans la commune, 59.
Carte d'électeur, 59.
Casier judiciaire, 71.
Cautionnement, — provisoire, **73**; — définitif, **112**.
Certificat, — d'affiliation à une Caisse d'allocations familiales, 70;
— de bonne vie et mœurs, 70.
— de capacité, 11, **68**.
Chemins vicinaux, 76.
Ciment armé, 24.
Clauses financières, 60.
Co-adjudicataire, 84.
Commission, — d'adjudication, **77**; — d'admissibilité, 48; — spéciale, 43.
Commune : V. Marchés des communes.
Concession, — de service public, 17; — de T.P., 16, **17**.
Concours : V. Marchés sur concours; — consécutif, 34.
Concurrence, 55.
Concurrent évincé, 38, **125**.
Conseil des Finances, 9.
Conseillers, — généraux, **97**; — municipaux, **94**.
Contribuables, 38, 130.
Coopératives d'artisans : V. Artisans.
Décès d'un soumissionnaire, 84.
Déclaration d'intention de soumissionner, 67.
Défense nationale, 57.
Délais, 88.
Délit d'atteinte à la liberté des soumissions, 87.

Départements : V. Marchés des. —
 Député, 97.
 Détail estimatif, 88.
 Détournement de pouvoir, 81.
 Devis, 88.
 Distribution d'eau, 23.
 Dol, 69.
 Dommages-intérêts, 69, **138**.

Ecole, 23, 39.
 Egalité, **61**.
 Eligibilité : V. Conseillers.
 Entrepreneurs étrangers, **56**.
 Entreprise de T.P., 18.
 Erreur, — dans la désignation de
 l'adjudicataire, 98 ; — de
 calcul, 86.
 Etablissement de bienfaisance :
 V. Marchés des communes et
 des —.
 Etat : V. Marchés de l' —.
 Eviction : V. Concurrent évincé.
 Exclusion, 89.
 Exécution du contrat, 119.
 Exposition internationale,
 Paris, 1937, 64.

Faillis, 58.
 Femme mariée, 55.
 Fille majeure, 55.
 Fournitures, V. Adjudication.
 Fractionnement en lots, **28, 35**.
 Frais d'adjudication, 115 ; rem-
 boursement des —, 116.
 Frigorifique, 23.
 Garanties : V. Références.
 Génie, Service du —, **31, 76**.

H.B.M., **31**.
 Hommes de l'art, 68.
 Honorabilité commerciale, 57.
 Hospices et hôpitaux, 21.
 Hôtel de Ville, 24, 47.

Imprévision, 121.
 Incapacité, 44.
 Incompétence, 81.
 Ingénieur, 68.
 Instruments scientifiques, 24.
 Intendants, 9.
 Interdits, 55.
 Irrégularités : V. Opérations irrégulières.

Lieu de production, 22.
 Liquidation judiciaire, 58.
 Liste des concurrents, 78.
 Livret militaire, 59.
 Lots : V. Fractionnement en lots.

Maçonnerie, 23.
 Maires, **94**.
 Manœuvres frauduleuses : V.
 Refus d'approuver.
 Marchés, — de gré à gré, 15, 19,
45, 50, 78 ; — de l'Etat, **18** ; —
 de T.P., 16, 18 ; — des com-
 munes et des établissements de
 bienfaisance, 20 ; — des départe-
 ments, 20 ; — mixtes avec
 publicité, 51 ; — sur concours,
46, 78 ; — sur facture, 15.
 Menuiserie métallique, 23.
 Mineurs, 55.
 Ministre, 108, 109.
 Mobilisation, 31.
 Monument aux morts, 49.
 Monuments historiques, **32, 43**.
 Moralité, 44.

Nationalité : V. Entrepreneurs
 étrangers.
 Nouveau marché, 35.
 Nouvelle adjudication, 122.
 Nullité, 126.

Œuvre d'art, 47.
 Offre, 22, 25 ; retrait de l' —, 105.
 Opérations irrégulières, 126.
 Ouvrages d'art et de précision, 22,
 24.

Paris : Ville de —, 28.
 Patente, 71.
 Personnes pourvues d'un conseil
 judiciaire, 55.
 Pièces du marché, 88, 117.
 Pompes funèbres, 32.
 Possesseur unique, 22.
 Privilèges, 62.
 Prix inacceptables, 22, 25.
 Prix-limite, 59.
 Procédés d'exécution des T.P., 16.
 Procès-verbal d'adjudication, 10,
99.
 Proclamation de l'adjudicataire,
 44, **92, 97**.
 Projet classé premier, 49.

- Projet complexe, 36.
Prorogation : V. Nouveau marché.
Publicité, 44, **53**.

Qualité pour former un recours, 128.

Rabais, 28 ; — moyen, 64.
Réadjudication, 14, **101**.
Réclamations, 108.
Recours, — contentieux, 121, 123 ; — en indemnité, 40, 138 ; — pour excès de pouvoir, 128.
Références, 42, 67.
Refus d'approuver : V. Approbation.
Régie de T.P., 17.
Répertoire des exclus, 92.
Réserves, 93.
Révision du marché. V. Imprévision.
Rome : V. Adjudications, Soumission,

Salaire minimum, 59.
Séance publique d'adjudication, 92.
Sénateur, 97.
Septuagénaires, 55.
Signatures, 84, **89**.
Silence prolongé, 108.

Société, 84.
Sociétés coopératives ouvrières de production, **63**.
Sociétés d'ouvriers, 49, **62**, 71, 76, 98.
Solvabilité, 44.
Soumissions, 8, **82** ; — conjointes, 84 ; retrait des —, 85.
Surenchère, 101.
Syndicats d'employés ou d'ouvriers, 131.

Timbre : droits de — : V. Frais d'adjudication.
Traité en voie d'exécution, 35.
Travail d'art, 24.
Travaux d'entretien, 95.
Travaux d'essai ou d'études, 22.
Travaux militaires, 30.
Travaux urgents, 27.
Trésoriers de France, 9.
Trottoirs, 96.

Urgence, 22, 26.

Ventes par adjudication, 2.
Veuves, 55.
Vice de forme, 81.
Violation de la loi, 82.
Visa de l'ingénieur en chef des Ponts-et-Chaussées, 72.
-

TABLE DES MATIÈRES

<i>INTRODUCTION</i>	1
<i>PARTIE HISTORIQUE</i>	7
I. Dans l'ancienne Rome	7
II. En France, sous l'Ancien Régime	8
III. De la Révolution de 1789 à la Troisième République ...	10

CHAPITRE PREMIER

ADJUDICATION OU MARCHÉ DE GRÉ A GRÉ

I. La règle de l'adjudication en matière de travaux publics et ses exceptions	16
§ 1. Marchés de l'Etat	18
§ 2. Marchés des départements	20
§ 3. Marchés des communes et des établissements de bienfaisance	20
II. Etude spéciale de quelques marchés déterminés	30
III. Cas particuliers	34
IV. Sanctions de la règle de l'adjudication	37
§ 1. Annulation des opérations irrégulières	37
§ 2. Recours en indemnité	40
§ 3. Autres conséquences pour l'administration du défaut d'adjudication	40

CHAPITRE II

LES DIVERSES FORMES DE L'ADJUDICATION PUBLIQUE ET DU MARCHÉ DE GRÉ A GRÉ

§ 1. Adjudication simple	41
§ 2. Adjudication restreinte	41
§ 3. Adjudication sur concours d'échantillons et de prix	45
§ 4. Le marché de gré à gré	45
§ 5. Le marché sur concours	46
§ 6. Autres variétés de marchés de gré à gré	50

CHAPITRE III

LE MÉCANISME DE L'ADJUDICATION PUBLIQUE

I. Les idées dominantes : publicité, concurrence, égalité	53
§ 1. Publicité	53
§ 2. Concurrence	55
§ 3. Égalité	61
§ 4. Sanctions	65
II. Les actes préparatoires de l'adjudication	67
§ 1. Les formalités à accomplir pour être admis aux adjudications	67
§ 2. La Commission d'adjudication	77
§ 3. Les soumissions	82
§ 4. Formalités secondaires	88
§ 5. Exclusion des adjudications	89
III. L'adjudication proprement dite : proclamation de l'adjudicataire	92
Clause de surenchère. Réadjudication	101

CHAPITRE IV

SITUATION DE L'ADJUDICATAIRE

I. Portée de l'engagement de l'adjudicataire jusqu'à l'approbation de l'adjudication	105
II. Approbation de l'adjudication	107
§ 1. Cautionnement définitif	112
§ 2. Frais d'adjudication	115
III. Conclusion du contrat	119
IV. Situation de l'adjudicataire après la conclusion du contrat au point de vue des recours juridictionnels	122

CHAPITRE V

SITUATION DES CONCURRENTS ÉVINÇÉS

I. Réclamation administrative	127
II. Recours pour excès de pouvoir	128
§ 1. Qualité pour former le recours	128
§ 2. Nature du recours	132
§ 3. Moyens du recours	135
§ 4. Résultats du recours	137
III. Recours contentieux en dommages et intérêts	138

<i>CONCLUSION</i>	141
-----------------------------	-----

<i>BIBLIOGRAPHIE</i>	145
--------------------------------	-----

<i>ABRÉVIATIONS</i>	151
-------------------------------	-----

<i>TABLE DES ARRÊTS CITÉS PAR DATES</i>	153
---	-----

<i>INDEX ALPHABÉTIQUE</i>	157
-------------------------------------	-----

<i>TABLE DES MATIÈRES</i>	161
-------------------------------------	-----

Imp. F. BOISSEAU, Rue du Taur, 34 - TOULOUSE (France)

